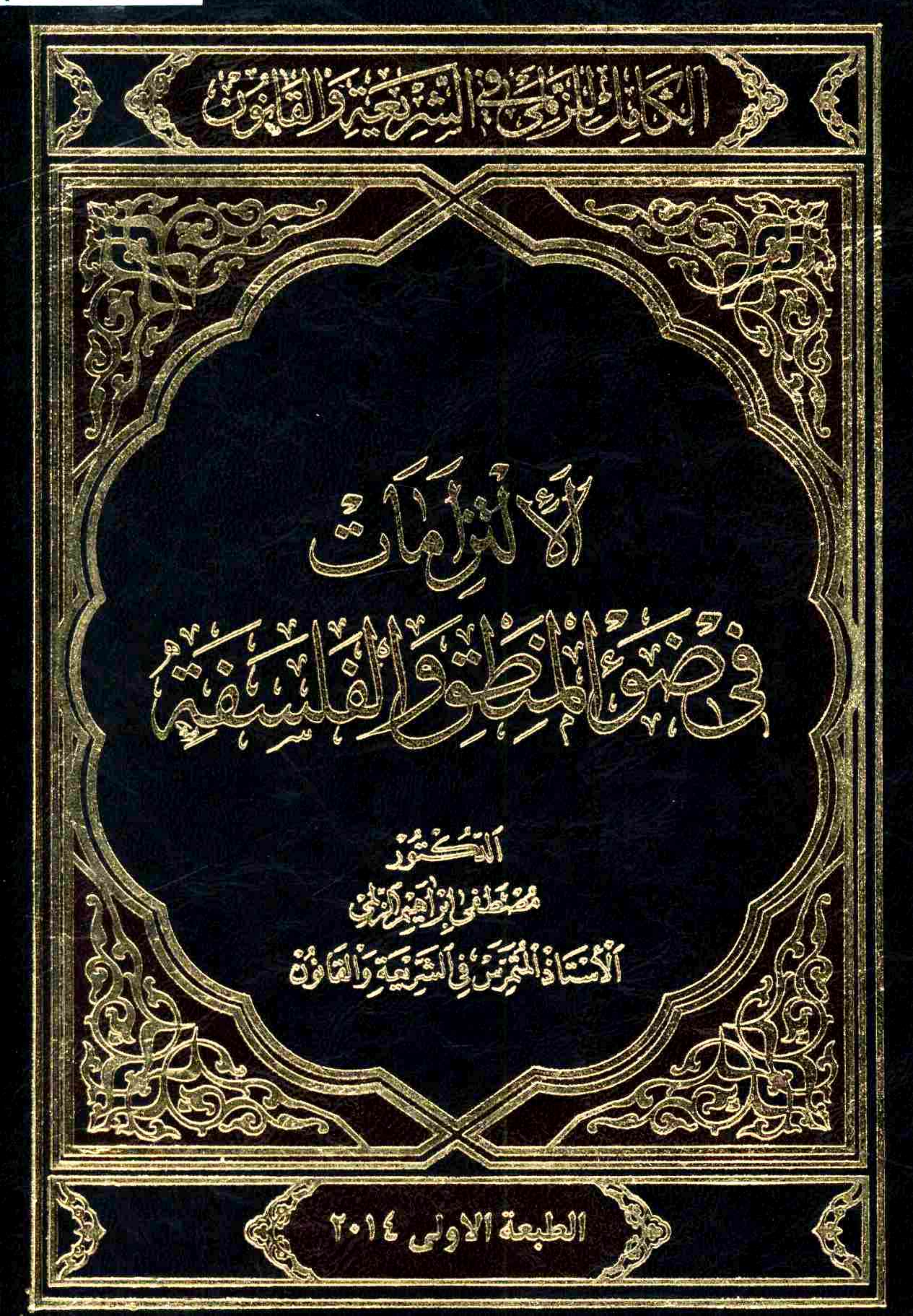

الكامل الزلمي في الشريعة والقانون
الالتزامات
في ضوء المنطق والفلسفة
الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون
الطبعة الاولى ٢٠١٤

الالتزامات
في ضوء المنطق والفلسفة

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

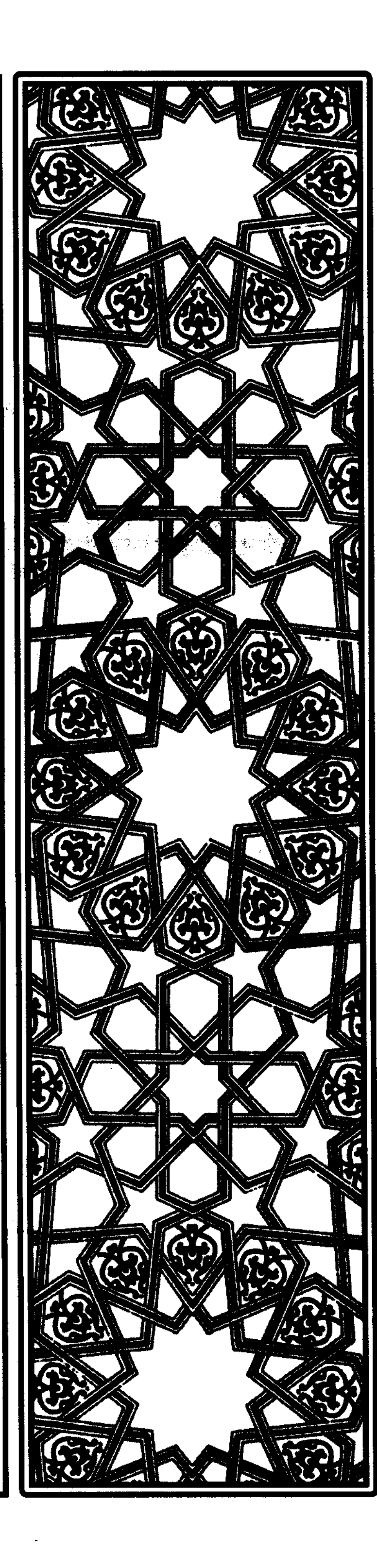
طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيچيرڤان البارزاني المحترم

الإلتزامات
في ضوء المنطق والفلسفة

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ٢٧٦٥- ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-013-0
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

الموقع: http://zalmi.org/arabic
الايميل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: facebook.com/dr.alzalmi



﴿ وَكُلَّ إِنسَٰنٍ أَلْزَمْنَٰهُ طَٰٓئِرَهُۥ فِي عُنُقِهِۦ ۖ وَنُخْرِجُ لَهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ كِتَٰبًا يَلْقَىٰهُ مَنشُورًا ﴿١٣﴾ ﴾

سورة الاعراف/١٥٧

(ولنفسك عليك حقاً)

الحديث الشريف

الإهداء

- أهدي هذا الجهد المتواضع:
- إلى كل من يهمه معرفة حقائق الأشياء للأخذ بما هو الأصلح.
- إلى من ينظر إلى ما قيل ولا ينظر إلى من قال.
- إلى من يشك في كل شيء باستثناء القرآن الكريم والسنة النبوية الثابتة حتى ينظر لأن من لم يشك لم ينظر، ومن لم ينظر لم يبصر، ومن لم يبصر بقي في العمي والضلال.
- إلى من يجعل إرادته خاضعة لعقله دون العكس.
- إلى من يحاول دوماً أن يعرف دليل ما يقرأه أو يسمعه أو يراه حتى يتحرر من قيد التقليد الأعمى.
- إلى من يحاول دوماً كسب مجهولات من مخزوناته العقلية ليضيف جديداً إلى ما ورثه من سلفه حتى يساهم في تكوين حضارة مجتمعه.
- إلى كل من يتتبع كل صحيح وفاسد، وكل صواب وخطأ، لأن حقائق الأشياء لا تُقوَّم إلا بالموازنة مع أضدادها.
- إلى من علمني الاستعانة بالعقل مع النقل في كل شيء لأنهما صنوان كل واحد منهما يكمل الثاني.

المؤلف

الفهرس

المقدمة

تتضمّن هذه المقدمة الأسباب الموجبة لاختيار الموضوع وخطة دراسته:-

أ- الأسباب الموجبة لتقديم هذا الجهد المتواضع للأسرة القانونية من التدريسيين والتلاميـذ كثيرة، منها ما يلي:-

أولاً- الالتزامات من أهـم وأصـعب وأدق موضـوعات علـم القـانون علـى الإطـلاق، فطبيعتها الخاصة تأبى أن تعدّ في التقسيم التقليـدي مـن القسـم العـام أو الخـاص، فحياة الإنسان كلها التزامات، فما من حـق إلا يقابلـه التـزام، وهمـا متلازمـان في الوجود الذهني والخارجي على الصعيدين الداخلي والدولي.

ثانياً- إثبات الصلة الوثيقة بين الالتزامات والعلمين العقليين الآليين (المنطق والفلسفة)، فكل من يتعامل مع الالتزامات بدونهما يبقى سطحياً بعيداً عن الخوض في أعمـاق بحارها، كما تتبيّن هذه الحقيقة بعد دراسة محتويات هذا المؤلَّف المتواضع.

ثالثاً- عدم وجود تعريف جامع مانع لتعبير (الالتزامات) في القـوانين وشـروحها لعـدم إلمام القانونيين بمكوّنات التعريفات ذاتياتها وخواصّها في ضوء علم المنطق، بالإضافة إلى عدم رعاية شرط ضرورة كـون المُعـرِّف والمُعـرَّف متحـدين بالـذات ومتغايريـت بالاعتبار.

رابعاً- رفع الخلط بين مصادر الالتزام وأسبابه بعد أن اعتبرت القوانين العربية وشـروحها العقدَ والإرادة المنفردة والعمل غير المشـروع والكسـب دون السـبب (أو الإثـراء بـلا سبب) من مصادر الالتزام، مع أنها في الحقيقة والواقع أسباب الالتزام الذي هو من الأحكام التكليفية والتي لا تكون إلا من السلطة التشريعية، وبناءً على ذلك مصدر الالتزام ينحصر بالقانون وحده.

خامساً- رفع الخلط بين عناصر العقد (المحل والسبب والرضا)، وعناصر الالتزام (الملزِم والملتزِم والملتزَم له والملتزَم فيه والملتزَم به وسبب الالتزام)، وهذا الخلط الشـائع ناشـئ عن غياب استعمال معايير المنطق والفلسفة في مضمار القانون.

سادساً- رفع الخلط بين محل الالتزام الذي هو الأداء الإيجابي (القيـام بعمـل) والسلبـي

(الامتناع عن عمل)، وبين موضوع الالتزام الذي ينصبّ عليه، وهذا الخلط الناشئ من الخلط بين عناصر العقد وعناصر الالتزام.

سابعاً- بيان بطلان الجمع بين الشيء وقسيمه وهما متباينان، وكذلك بطلان استعمال المقْسم مكان القسم وعكسه، مع أن المقسم أعمّ مطلقاً من كل قسم من أقسامه، فلا يستلزم وجوده وجودَ القسم بخلاف العكس، فكل قسم أخصّ مطلقاً، فأينما تحقق يتحقق معه المقسم.

ثامناً- عدم اعتراف القوانين وشروحها بتأثير ارتفاع وانخفاض القوة الشرائية للنقود التي تكون موضوعاً لها بالنسبة لالتزامات المدين.

تاسعاً- محاولة تصحيح عشرات من الأخطاء القانونية الأخرى في بيان الالتزامات، وهي انتقلت من السلف إلى الخلف بطريقة تقليدية دون الأخذ بالمعايير الموضوعية لاكتشافها وإصلاحها.

عاشراً- خلاصة الكلام أن العلة الغائية التي دفعتني إلى الإقدام على هذا الواجب تنوير الطريق أمام التدريسيين والتلاميذ لمعرفة القضايا القانونية في باب الالتزامات على حقيقتها والتخلّص من الأخطاء التقليدية التي تنتقل من جيل إلى جيل آخر دون التنبُّه عليها.

ب- خطة البحث:

طبيعة الموضوع تتطلّب تقسيم دراسة الموضوع من الناحية الشكلية إلى عشرة فصول.

الفصل الأول: تعريف الالتزام، طبيعته، مصدره.

الفصل الثاني: أنواع الالتزام.

الفصل الثالث: الملتزِم (المدين).

الفصل الرابع: الملتزَم فيه والملتزَم به والملتزَم له (الدائن).

الفصل الخامس: سبب الالتزام.

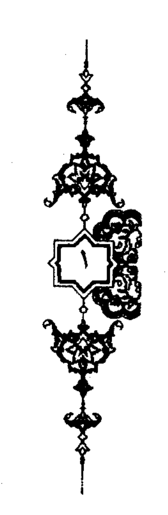
الفصل السادس: العقد تقسيماته وأنواعه.

الفصل السابع: الإرادة المنفردة (التصرف الانفرادي).

الفصل الثامن: العمل غير المشروع.

الفصل التاسع: الوقائع الطبيعية والالتزامات القانونية.

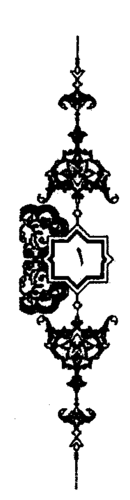
الفصل العاشر: أسباب انقضاء الالتزام.



الفصل الأول

تعريف الالتزام، طبيعته، مصدره

وتقسم دراسة الموضوع إلى ثلاثة مباحث يخصص كل واحد منها لدراسة إحدى النقاط الواردة في العنوان حسب تسلسلها.





المبحث الأول

تعريف الالتزام

التعريف: قول[١] يكتسب من تصوره تصور شيء آخر إمـا بكنهـه[٢] أو بمـا يميـزه مـن غيره[٣].

والقول الكاسب يسمى مُعرِفاً (بكسر الراء) وتعريفاً وقولاً شارحاً كما يسمى المكتسب مُعرَفاً (بفتح الراء).

شروط التعريف الصحيح:

يشترط في ميزان المنطق لصحة التعريف الاصطلاحي لكـل مصـطلح مـن مصـطلحات العلوم المعروفة في العالم توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون المُعرِف والمعرَف متحدين بالذات حتى يصح حمل الثاني على الأول وتفسيره به. فإذا لم يتوفر هذا الشرط يكون تعريفاً بالمُباين. كتعريف الشجر بالحجر.

٢- أن يكونا متغايرين بالاعتبار حتى لا يلزم تعريف الشيء بنفسه، كتعريـف الجريمـة بأنها جريمة. فيجب لتحقق هذا الشرط أن تعرف الجريمة بأنها محظور معاقب عليه.

والاختلاف في هذا التعريف هو أن المُعرِف أوضح من المُعرَّف وأجلى منه، ويختلـف أيضـاً بأن الأول مفرد والثاني مركب.

٣- أن يكون المُعرِف (بكسر الراء) أوضح وأجلى من المُعَـرَف (بفـتح الـراء) وإلا لكـان التعريف عبثاً ومرفوضاً من الناحية العقلية والمنطقية.

---

(١) مفرداً كان أم مركباً.

(٢) أي بحقيقته وماهيته، ويكون التعريف بالكنه إذا كان حداً تاماً وإلا فيكون بتمييزه من غيره.

(٣) البرهان للكلنبوي (الشيخ إسماعيل مصطفى المعروف بشيخ زاده الكلنبوي) (ت ١٢٠٥هـ)، مطبعة السعادة، القاهرة، ص١١٤.

فلا يجوز التعريف بالأخفى وبما يساويه جلاءً وخفاءً.

٤- أن يكون التعريف جامعاً بحيث يشمل جميع ما يشمله الُمعرَف (بفتح الراء)، كما في التعريف المذكور في (الفقرة الثانية) فلا يجوز تعريف الأعم بما هو أخص منه كتعريف مطلق القتل بأنه إزهاق روح من كان على قيد الحياة وقت الاعتداء بقصد تحقيق النتيجة (الوفاة) بدون مبرر، لأن هذا التعريف لا يشمل القتل الخطأ والقتل بحق.

٥- أن يكون مانعاً من دخول ما لا يدخل في الُمعرَف (بفتح الراء)، فلا يصح تعريف الإكراه بأنه عيب من عيوب الرضا (أو الإرادة)، لأنه يشمل غيره من هذه العيوب حيث يشمل التغرير والغلط والاستغلال مع أن كل واحد منها لا يسمى إكراهاً.

٦- أن لا يكون تعريفاً بالحكم كتعريف المشرع العراقي (م/٣٨)[1] للطلاق الرجعي بأنه ما جاز للزوج مراجعة زوجته بدون عقد جديد.

ووجه خطأ هذا التعريف هو أن القاضي لا يعرف الحكم (جواز المراجعة بدون عقد جديد) إلا بعد تكييف الطلاق بأنه رجعي.

وبناءً على هذا التعريف يتوقف كل من الُمعَرِف والُمعرَف من حيث المعرفة على الآخر، وهذا باطل لأنه مصادرة على المطلوب عند علماء القانون، واستحالة منطقية عند علماء المنطق لأن توقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل فكذلك الملزوم.

فيجب أن يعرف الطلاق الرجعي بأنه (كل طلاق بعد الدخول على أن لا يكون بعوض ولا للمرة الثالثة ولا بعد انتهاء العدة وحكمه أنه يجوز للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة بدون عقد جديد).

ووقع المشرع في نفس الخطأ بالنسبة للطلاق البائن فعرفه بأنه: ((كل طلاق لا يجوز للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد)).

والتعريف باطل للسبب المذكور.

فالصواب أن يعرف الطلاق البائن بأنه ((كل طلاق قبل الدخول أو بعده بعوض أو للمرة الثالثة أو بعد انتهاء العدة).

٧- أن لا يكون التعريف الاصطلاحي بلفظة مفردة وإلا لكان التعريف لفظياً لغوياً

---

[1] في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

كتعريف الضرغام بأنه أسد.

أنواع التعريف المنطقي:

ينقسم التعريف المنطقي للمصطلحات في جميع اللغات من حيث طبيعة التعريف إلى أربعة أنواع:-

١- الحد التام: وهو تعريف المصطلح بجنسه وفصله القريبين كتعريف الجريمة بأنها محظور معاقب عليه.

فلفظ (محظور) جنس قريب يشمل جميع الأعمال غير المشروعة سواء أكانت جنائية أم مدنية. ولفظ (معاقب عليه) فصل قريب يخرج الأعمال غير المشروعة المدنية.

٢- الحد الناقص: وهو التعريف بالجنس البعيد والفصل القريب، كتعريف الجريمة بأنها عمل معاقب عليه. فلفظ العمل جنس بعيد لأنه يشمل الأعمال المشروعة وغير المشروعة.

وجدير بالذكر أن التعريف في هذين القسمين لأي مصطلح يكون بذاتياته المحضة أي بجنسه وفصله، وهذان النوعان وجودهما في التعريفات القانونية قليل جداً، لأن علماء القانون غالباً يعرفون المصطلح القانوني بخواصه.

٣- الرسم التام: وهو تعريف الشيء بخاصة من خواصه مع جنسه القريب، كتعريف الملكية بأنها اختصاص يخول المالك صلاحية التصرف في المملوك أو استعماله أو استغلاله أو حيازته حيازة مشروعة هادئة.

ولفظ (اختصاص) في هذا التعريف جنس قريب للملكية وما عداه من خواص الملكية.

٤- الرسم الناقص: وهو تعريف الشيء بخواصه بحيث تميزه من غيرها كتعريف الإنسان بأنه عاقل ضاحك بالطبع وقابل لتعلم الكتابة.

فهذه الأمور كلها أعراض من خواص الإنسان.

تعريفات الالتزام:

لأجل الوصول إلى تعريف الالتزام تعريفاً جامعاً مانعاً تتوفر فيه الشروط المذكورة نرى من الضروري تقديم استعراض عام لتعريفه في بعض العلوم المعروفة المتداولة كما يلي:-

أ- في اللغة العربية:

الالتزام من مشتقات اللزوم وقد ورد بعدة معان منها: الثبات والدوام والوجوب، كما أن فعله قد يكون لازماً مثل لزم الشيء أي ثبت ودام، كما يكون متعدياً إلى مفعول واحد مثل لزم الدائن غريمه أي تابعه ولم يفارقه[١].

ب- الالتزام في علم الصرف:

يطلق عليه لفظ المطاوعة أي يعرف بها، وتكون هذه المطاوعة لثلاثة أبواب من الأفعال:

١- لمطاوعة باب فعل (ثلاثي مجرد) مثل جمعت القوم فاجتمعوا.

٢- باب فعّل (تشديد العين) مثل قرّبت فلاناً فاقترب.

٣- وباب أفعل: مثل الزمته فالتزم.

ج- الالتزام في علم المنطق:

هو صفة الدلالة لأنها توصف بالمطابقية إذا كان اللفظ والمعنى مطابقين لا يزيد أحدهما على الآخر بشيء.

وتوصف بالتضمنية إذا أريد باللفظ جزء من معناه المركب.

وتوصف بالالتزامية إذا كانت الدلالة على معنى خارج عن الموضوع له ولازم له.

ومن تطبيقات هذه الدلالات الثلاث:- دلالة العقد مطابقية على مجموع الإيجاب والقبول، وتضمنية على الإيجاب وحده أو القبول فقط ضمن المجموع، والتزامية بالنسبة للآثار التي تترتب عليه من الحقوق والالتزامات.

فالالتزام أثر من آثار العقد يدل عليه دلالة عقلية التزامية.

د- الالتزام في علم الفلسفة:

هو من فصيلة الانفعال (التأثر) بفعل مؤثر وهو قريب من المطاوعة من علم الصرف، كتمدد الحديد بالطاقة الحرارية وتقلصه بطاقة البرودة.

هـ- الالتزام في علم أصول الفقه:

وهو التكلف بتكليف، مصدره الشرع فالقيام بالأمر بالمعروف مثلاً تكلف يجب على

---

(١) لسان العرب لإبن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري) فصل اللام، حرف الميم، ١٤/١٦.

الإنسان المقتدر أن يقوم به، ومصدر هذا التكليف القرآن كما في قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ﴾[١] الآية.

و- الالتزام في الفقه الإسلامي:

لم يستعمل فقهاء الإسلام هذا المصطلح إلا قليلاً وإنما استعملوا مرادفه كالتكلف والتحمل والتعهد ونحو ذلك.

وقد أطلق عليه القرآن الكريم لفظاً عاماً يشمل كل ما يجب على الإنسان أن يقوم به تجاه غيره وهو لفظ (الأمانة) في قوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُوماً جَهُولاً﴾[٢].

والمُراد بهذه الآية هو أن هذه الأمانة لو قُدّر أن يكون للسموات والأرض والجبال إدراك وعقل ثم كلفت بتحملها لأبين هذا التحمل لا إباء تمرد وإنما إباء اعتذار لثقل تحملها، (واشفقن) أي حذرن منها، غير أن الإنسان تميز بحق لا يملكه غيره وهو العقل. لذا كلف مقابل هذا الحق بهذا الالتزام. فتحمل الأمانة وهو في نفس الوقت ظالم لنفسه ولغيره إذا خان في أدائها. وجاهل بعواقب النتائج السلبية لخيانته في الإخلال بوفاء الالتزام.

ومن الفقهاء الذين عرفوا الالتزام هو (الحطاب)[٣] من فقهاء المالكية، حيث عرف الالتزام في كتابه (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) بتعريف غير جامع حيث اقتصر على الالتزام بالإرادة المنفردة في التبرعات فقال هو (إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء) وهو تعريف معيب لعدم كونه جامعاً للالتزامات التي مصدرها القانون وأسبابها عقود المعاوضات أو الأعمال الإرادية أو اللاإرادية كما يأتي تفصيل ذلك في موضوع مصادر وأسباب الالتزام.

وجدير بالذكر أن المرحوم السنهوري[٤] ظن أن الفقه الإسلامي لا يعرف الالتزام وأن الالتزام في هذا الفقه هو (الالتزام + الضمان) يساوي (الالتزام) في الفقه الغربي، لذا إذا أردنا استعمال هذا المصطلح علينا أن نستعيره من الفقه الغربي، وهو لم يكن مصيباً في هذا

---

(١) سورة آل عمران/١٠٤.

(٢) سورة الأحزاب/٧٢.

(٣) الإمام أبو عبدالله محمد بن محمد الملقب بالحطاب الفقيه المالكي (ت ٩٥٤هـ)، في كتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص٦٨ وما يليها.

(٤) السنهوري، مصادر الحق، ١٤/١.

الظن لأن الالتزام في الشريعة الإسلامية بمثابة نهر دجلة، وفي القانون بمثابة ماء يخرج من حنفية، فالالتزام في الإسلام يشمل كل ما يجب على الإنسان أن يقوم به تجاه الغير كما ذكرنا عند البحث في لفظ الأمانة.

ثم أن فقهاء الإسلام استعملوا تعابير أخرى مرادفة للالتزام كما ذكر مثل الضمان والتعهد والتكلف والتحمل والمسؤولية ونحو ذلك.

ز- الإلزام والالتزام في القرآن الكريم:

ورد في القرآن الكريم صراحة لفظ (الإلزام) في قوله تعالى: ﴿وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَـآئِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَاباً يَلْقَاهُ مَنشُوراً﴾[١].

ومن الواضح أن الإلزام والالتزام متلازمان لزوماً بيناً بالمعنى الأخص[٢].

فوجود أحدهما في الذهن وخارج الذهن يستلزم وجود الآخر والجزم باللزوم بينهما.

والمراد بالطائر في هذه الآية تبعات الأعمال الخيرة والشريرة في الأصل لكن غلب استعماله في الأعمال الشريرة.

ووجه تسميتها بالطائر هو أن عُرف العرب قبل الإسلام كان جارياً على أن من يريد سفراً لغاية معينة، أو يقوم بعمل لمصلحة ينظر إلى الطير الطائر بإرادته أو بتحريك شخص له، فإذا طار إلى الجهة اليمنى اعتبروا أن السفر أو العمل خير لهم، وإذا طار إلى الجهة اليسرى بالنسبة لمكان الطائر اعتبر السفر أو العمل ليس من صالح الناوي للسفر أو العمل.

وهذا لا يعني أن الإسلام يعترف بتلك الفكرة الجاهلية وإنما استعمال الطائر في هذه الآية لأعمال الإنسان على أساس التعبير العرفي العربي.

والمراد بالعنق في هذه الآية الذمة المالية وغير المالية مما يتعلق بها حق شخصي مالي أو غير مالي.

وسر اختيار هذا الجزء من جسد الإنسان هو أنه بمثابة حلقة وصل بين جهاز التفكير (الدماغ) وجهاز العمل (الأيدي والأرجل).

وقد عرف فقهاء القانون الذمة بأنها مجموع ما للإنسان من حقوق مالية وما عليه من التزامات. وهذا التعريف في نظرنا المتواضع محل نظر وانتقاد من أوجه، منها:

---

(١) سورة الإسراء/ ١٣.

(٢) اللزوم البين بالمعنى الأخص: هو الذي يكفي للجزم باللزوم فيه تصور أحدهما. أما اللزوم بالمعنى الأعم فهو الذي لا يتم فيه الجزم باللزوم إلا بعد تصور الطرفين كالزوجية للأربعة.

أ- يقتصر هذا التعريف على الذمة المالية فيكون غير جامع لأن ذمة الإنسان تشمل المالية وغير المالية. يتعلق بها الحق المالي وغير المالي.

ب- في هذا التعريف المصادرة على المطلوب في الاصطلاح القانوني، والدور (الاستحالة المنطقية) في الاصطلاح المنطقي، لأن وجود الحقوق والالتزامات يتوقف على وجود الذمة قبلها، لأن الإنسان ليس له حق ولا عليه التزام قبل وجود الذمة، ولو توقفت الذمة عليها للزمت الاستحالة المنطقية، لأن توقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه، واللازم باطل باتفاق العقلاء وكذلك الملزوم.

وقد أدرك فقهاء القانون هذه المصادرة، لذا قالوا أن المراد بالحقوق والالتزامات هو المستقبلية أي من شأن الشخص ذي الذمة المالية صلاحية كسب هذه الحقوق والالتزامات في المستقبل، وهذا من قبيل تصحيح الخطأ بالخطأ، لأن في هذا التعريف خلطاً واضحاً بين الذمة المالية وأهلية الوجوب الكاملة.

والمراد بالكتاب المنشور المستمسك على إثبات عمل الإنسان بحيث لا يستطيع إنكار ما قام به في حياته الدنيوية. وأشارت الآية المذكورة إلى أن ذمة الإنسان عنقه، لأنه حلقة وصل بين جهاز التفكير (الدماغ) وأجهزة العمل (الأيدي والأرجل).

ح- الالتزام في القانون المدني العراقي النافذ[1]:

المادة (٦٩/١): ((الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً، أو أن يقوم بعمل، أو أن يمتنع عن عمل)).

المادة (٦٩/٢): ((يعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أياً كان محلها نقداً أو مثلياً أو قيمياً، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين)).

المادة (٦٩/٣): ((ويؤدي التعبير بلفظ الالتزام وبلفظ الدين نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الحق الشخصي)).

وهذه الفقرات الثلاث هي محل نظر وانتقاد من الناحية الفلسفية والمنطقية كما يلي:-

١- الحق الشخصي إذا كان مرادفاً للالتزام (بأن يختلفا لفظاً ويتفقا معنى) يرد عليه ما يلي:-

---

[1] رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

أ- الحق الشخصي إيجابي والالتزام سلبي فالذمة دائنة إذا زاد الأول، ومدينة إذا زاد الثاني.

ب- الالتزام صفة خاصة بالمدين بينما الرابطة القانونية صفة مشتركة بين الدائن والمدين. ومن شروط التعريف، كما ذكرنا سابقاً، أن يكون المُعرِف والمُعرَف متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار وعلى هذا الأساس يعتبر التعريف المذكور للالتزام مخالفاً للمنطق القانوني.

٢- الالتزام من فصيلة الانفعال والرابطة من فصيلة الإضافة، والفصيلتان متباينتان.

والإضافة فلسفياً: حالة أو (صفة) بين شيئين تصورها بالنسبة لأحدهما يستلزم تصور الآخر لزوماً بيناً بالمعنى الأخص كالأبوة بالنسبة للأب، والأبن والأخوة بالنسبة للأخوين، والزوجية بالنسبة للزوجين وهكذا.

وبناءً على ذلك يكون التعريف المذكور مخالفاً للفلسفة القانونية والمنطق القانوني، لأنه تعريف بالمُباين.

وبالإضافة إلى ما ذكر فإن النقود من المثليات فذكرها مع المثلي حشو، ويجب التجنب عن الحشو في الصياغات القانونية.

وما ورد في الفقرة الثالثة من اعتبار الحق الشخصي التزاماً خطأ، لأن الحق الشخصي موضوع الالتزام وليس نفسه.

ط- تعريف الالتزام في مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٥:

وقد عرف هذا المشروع الذي لم ير النور لحد الآن الالتزام في مادته (١١٠) بأنه ((واجب قانوني بأداء محدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر)).

ويلاحظ على هذا التعريف أن الواجب ليس الالتزام وإنما هو صفة الأداء الذي هو محل الالتزام، وهذا التعريف أيضاً تعريف بالمُباين، وهو مرفوض بميزان المنطق.

ي- تعريف الالتزام في القانون المدني المصري القديم (الملغى):

هو أنه ((تعهد بعمل أو امتناع عن عمل)). وهذا التعريف أيضاً غير جامع، لأنه لا يشمل إلا الالتزام الإرادي، بينما الالتزام كما يكون إرادياً فقد يكون لا إرادياً.

ك- الالتزام في مشروع القانون المدني المصري الجديد:

هو: حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

وهذا التعـــريف ورد في المادة (١٢١) من هذا المشروع ثم حذف على أساس أن التعريف من واجب الفقيه دون المشرع.

والانتقاد الموجه إليه هو أن حالة قانونية كالرابطـة القانونيـة محـل للانتقـاد المـذكور في العراقي.

ل- تعريف الالتزام عند فقهاء القانون:

١- عرفه المرحوم السنهوري في الوسيط[1] بأنه: ((حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بقيام بعمل أو امتناع عن عمل)).
ويرد على هذا التعريف ما أوردناه على تعريف القانون المدني العراقي.

٢- وعرفه الدكتور فرج الصدة، بأنه: ((رابطة قانونية توجب على شخص معين نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل))[2].
ويرد على هذا التعريف ما أوردناه على تعريف القانون المدني العراقي.

٣- عرفه الدكتور عبدالناصر العطار بأنه: ((الواجب الملقى على عاتق المـدين لإعطـاء شيء أو قيام بعمل أو امتناع عن عمل)).
ويرد عليه ما أوردناه على مشروع القانون المدني العراقي، لأن الواجـب صـفة الأداء الذي هو محل الالتزام وليس الالتزام نفسه.

وهكذا لم أجد حسب ما أعلم تعريفاً صحيحاً واضحاً جامعاً مانعاً للالتزام لا في القوانين ولا في شروح القانون أو مشروعه.

والسر في ذلك هو أن علماء القانون في العالم العربي وغير العربـي لا يعـيرون الاهتمـام بالعلوم الآلية الثلاثة الآتية:-

١- المنطق: وهو قانون كسب المجهولات من المعلومات، أي مجموعة من القواعد العقلية مراعاتها تعصم العقل عن الخطأ في كسب المجهول من المعلوم.

---

[1] الوسيط: ١/١٢٥.

[2] مصادر الالتزام، ص٢٠.

ومن الواضح أن الحضارة البشرية والتطور التكنولوجي وغيرها من التقدم البشري كلها كان ويكون بفضل المنطق النظري والمنطق العملي.

٢- أصول الفقه: وهو قانون استنباط الأحكام من مصادرها، أي مجموعة قواعد عامة تعصم مراعاتها ذهن المجتهد عن الخطأ في استنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية.

٣- الفلسفة: هي قانون التحليل والتعليل والاستنتاج ودراسة الحقائق للأخذ بما هو الأصلح وعبارة عن العلة الغائية للعمل الإرادي.

وبعد استعراض ما ذكرنا من الملاحظات على التعريفات المذكورة للالتزام، اقترح أن يعرف الالتزام بأنه: ((تحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي بأحد أسباب الانقضاء)).

تحليل التعريف:

أ- (التحمل والتكلف والالتزام): من مقولة الانفعال (التأثر) فالإلزام تأثير والالتزام تأثر كالتسخين والتسخن والتكسير والتكسر ونحو ذلك.

ب- (طوعاً): أي بإرادة حرة مدركة للإنسان كالالتزامات الناشئة عن العقود والتصرفات الشرعية بتلاقي إرادتين كما في المعاوضات، أو بإرادة منفردة كالهبة والوقف والوصية وغيرها من التبرعات حيث يلتزم المتبرع بتسليم المتبرع به إلى المتبرع له، فالأول ملتزم والثاني ملتزم له، وكالأعمال الإرادية النافعة أو الضارة وغير ذلك من الأسباب الإرادية.

ج- (كرهاً): أي التزاماً لا إرادياً كالالتزامات الناشئة عن القانون مثل الضرائب أو الناشئة عن الأعمال غير المشروعة اللاإرادية، وكالالتزام بتنفيذ عقود الإذعان كعقد الماء والكهرباء والهاتف والرسوم الرسمية في دوائر الدولة ونحو ذلك من الأسباب التي تخالف رغبته.

د- (انشغال الذمة): الذي يسمى المسؤولية والمديونية فإذا كان الالتزام مدنياً يقوم الملتزم بتنفيذ التزامه باختياره وإلا فيجبر عليه. وإذا كان طبيعياً كما في حالة سقوط الدعوى بالتقادم تبقى المديونية لأن الحق لا يسقط بالتقادم لكن تسقط المسؤولية، وبتعبير آخر يسأل المدين ديانة لا قضاءً، فيبقى الحق بذمته مهما طال الزمن لكن تسقط دعوى المطالبة به والحماية القانونية.

المبحث الثاني
طبيعة الالتزام (تكييفه)

يتصارع على تكييف الالتزام وتحديد طبيعته مذهبان (شخصي ومادي).

أ- المذهب الشخصي:

ينظر هذا المذهب إلى الالتزام من الناحية الشخصية (شخص الدائن وشخص المدين) بحيث يسلط الأول على الثاني ويعتبر شخص المدين ضماناً لدينه، وعلى هذا الأساس يكون ذاته دون ماله محل اعتبار، فإذا امتنع عن الوفاء أو تعذر عليه لعجزه المالي كان للدائن عند الرومان وغيرهم كالمجتمع العربي قبل الإسلام قتل المدين أو استرقاقه، بل كان له استرقاق زوجته وأولاده معه أيضاً ثم بيعهم في الأسواق لاستيفاء دينه كبيع المال المرهون في الوقت الحاضر من الدائن المرتهن لاستيفاء دينه من ثمنه متى لم يقم المدين بوفاء الدين حين حلول أجله.

ثم تطورت فكرة النزعة الشخصية لهذا المذهب وحل محل القتل أو الاسترقاق والبيع فكرة الإجبار على الوفاء أو حبسه أو سلب حريته في حالة العجز عن الوفاء أو حبسه وتقييد حريته في حالة عدم القيام بالوفاء لأي سبب كان.

ومن المؤسف أن نجد لحد الآن أن القوانين تقر عقوبة سلب الحرية بالحبس عند عدم وفاء الدين بعد حلول أجله.

ب- المذهب المادي:

نشأ هذا المذهب بعد أن تعرض المذهب الشخصي للانتقادات ولا يقف هذا المذهب عند حد الرابطة الشخصية، وإنما يدعو أيضاً إلى تغليب موضوعه على طرفي الالتزام بحيث يعد الجانب المالي أكثر قيمة وأهمية من كونه علاقة شخصية. الأمر الذي جعل موضوع الالتزام قيمة مالية يمكن أن ينفصل عن الدائن والمدين وأن ترد عليه التصرفات التي ترد على الحق العيني غالباً.

ثمرة التفرقة بين المذهبين:

تترتب على التفرقة المذكورة نتائج أهمها ما يلي:-

١- الاعتداد بموضوع الالتزام – الذي يسميه شراح القانون خطأ محل الالتزام لكن تعبير الموضوع هو الصواب لأن محله دائماً هو الأداء – قبل أشخاصه يجعل من الممكن تبديل أطراف الالتزام كتغيير الدائن عن طريق حوالة الحق أو المدين عن طريق حوالة الدين.

أ- من أمثلة حوالة الحق أن يكون خالد مديناً لبكر بمليون دينار عراقي مثلاً، ويكون بكر مديناً بمثله لزيد فيتفق بكر مع زيد على أن يأخذ زيد المبلغ الذي لبكر عند خالد فيحل زيد (دائن) محل بكر (مدين) في الدائنية. وهذه الحوالة بمثابة بيع الدين بالدين، وهو جائز في القانون وعند أكثر فقهاء الإسلام.

ب- أو تغيير المدين عن طريق حوالة الدين، وهي إحلال مدين محل مدين آخر، وعلى سبيل المثل إذا كان لزيد على بكر دين مقداره ألف دولار أمريكي مثلاً فيحيل بكر زيداً على خالد ليأخذ دينه الذي على بكر من خالد فيحل محل بكر، وزيد محال، وخالد محال عليه.

وجدير بالذكر أن تغيير الدائن بحوالة الحق لا يشترط فيه رضاء المحال عليه بخلاف ذلك في حوالة الدين.

وفي كلتا الحالتين لا يجوز هذا التغيير عند أنصار المذهب الشخصي.

والسر في اشتراط رضا المحال عليه في حوالة الدين مرده إلى اختلاف الذمم باختلاف الأشخاص من حيث السماح والإمكانية المالية والضمان ونحو ذلك.

٢- بمقتضى المذهب المادي من المستطاع إيجاد الالتزام دون وجود الدائن وقت نشوئه فيكفي وجوده عند التنفيذ كما في التبرعات مثل الوقف أو الوصية لأولاد لم يخلقوا بعد، بينما هذا غير ممكن بموجب المذهب الشخصي، إذ يجب في هذا المذهب أن تكون هناك رابطة قانونية بين دائن ومدين موجودين حين إنشاء الالتزام.

ويترتب على هذه النتيجة ما يلي:-

أ- أن من الممكن تصور التزام المدين بإرادته المنفردة قبل تحديد شخص الدائن كما في الجعالة.

ب- أن يصح الاشتراط لمصلحة الغير في حالة ما إذا كان المستفيد شخصاً غير معين أو غير موجود وقت هذا الاشتراط (وقت نشوء الالتزام) كما في حالة التأمين على حياة

من سيولد من الأولاد[١].

موقف الفقه الإسلامي من طبيعة الالتزام:

ومن الواضح أن الفقه الإسلامي ديدنه هو الأخذ بما هو المعقول والوسط تنفيذاً لأمر الله في قوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِّتَكُونُواْ شُهَدَاء عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً﴾[٢]

وينبني على ذلك أن طبيعة الإسلام في هذا الفقه ذات صفة معتدلة ومتوسطة بين المذهبين (الشخصي والمادي)، فهو يتسم بالجانب الشخصي من حيث النشأة والمطالبة، فمن حيث النشأة يكون لإرادة المدين دور غالب، ومن حيث التنفيذ يطالب الدائن شخص مدينه أو من ينوب عنه بالقيام بالتنفيذ الاختياري وإلا فيجبر عليه.

ومن الجانب المادي أن ضمان دين الدائن هو مال المدين فينفذ من ماله.

وقد أشار القرآن الكريم إلى الجانب الأول في قوله تعالى: ﴿وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَآئِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾[٣] كما أشار إلى الجانب الثاني في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[٤]

ويترتب على هذه الطبيعة الوسطية نتائج أهمها ما يلي:-

١- يجوز أن يكون الملتزم له معدوماً أو مجهولاً حين إنشاء الالتزام كما في الجعالة.

٢- لا يجوز حبس المدين العاجز عن وفاء دينه، لأن سلطة الدائن منصبة على مال المدين الذي هو ضمان لدينه لا على شخصه.

٣- يجوز حبس المدين على ظلمه في حالة الامتناع عن الوفاء وهو قادر عليه ومتمكن مالياً ولا عذر له، فقد قال الرسول ﷺ: (مَطل الغني ظلم)[٥]. وفي رواية أخرى: (لـيّ الواجد ظلم يحل عِرضه وعقوبته) والعرض (بكسر العين) ما يمدح به الشخص أو يذم به فيجوز ذكره أمام الناس بأنه ليس محل ثقة في التعامل معه.

فحبسه في الإسلام إنما يكون لظلمه ومماطلته لا لأصل دينه.

---

[١] يُنظر الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص١٧-١٨.

[٢] سورة البقرة/ ١٤٣.

[٣] سورة الإسراء/١٣.

[٤] سورة البقرة/ ٢٨٠.

[٥] أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عمر ٧١/٢.

المبحث الثالث

مصدر الالتزام (أو القوة الملزمة)

وموضوع هذا المبحث هو العنصر الأول من العناصر الستة للالتزام وهي (المصدر الملزم، والملتزم (المدين)، والملتزم له (الدائن)، والملتزم فيه (موضوع الالتزام)، والملتزم به (محل الالتزام)، وسبب الالتزام.

وقد اتفقت القوانين المدنية للبلاد العربية على أن مصادر الالتزام خمسة، وهي (العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع (العمل الضار)، والإثراء بلا سبب (أو الكسب بدون سبب)، والقانون).

وتسمية هذه الأمور باستثناء القانون مصادر الالتزام خطأ على سبيل الحقيقة وإنما تجوز على سبيل المجاز، لأن المصدر الحقيقي للالتزامات المدنية والجزائية هو القانون وحده أو القاعدة القانونية للأدلة المنطقية الآتية:

أولاً: الالتزام حكم تكليفي باتفاق فقهاء الشريعة والقانون، والحكم التكليفي لا يتعلق بالأعيان وإنما يكون متعلقاً بالأعمال حيث يعرف بأنه: (مدلول خطاب الشارع في الالتزامات الشرعية والمشرع الوضعي في الالتزامات القانونية المتعلق بأعمال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير).

الاقتضاء: هو طلب الفعل أو الترك، وطلب الفعل إما أن يكون على وجه الحتم والإلزام أو يكون على وجه الأولوية والأفضلية، فالمطلوب في الأول واجب وفي الثاني مندوب ومستحب.

وطلب الترك أيضاً إما على سبيل الحتم والإلزام أو على سبيل الأولوية والأفضلية، والفعل المطلوب تركه في الأول محرم وغير مشروع سواء كان من الأفعال الضارة الموجبة للتعويض كما في المسائل المدنية أو من الأفعال الجرمية الموجبة للعقاب كما في القضايا الجزائية، والثاني مكروه.

وجدير بالذكر أن المندوب والمكروه لم يعالجهما القانون الوضعي على أساس أنهما من المسائل الدينية والأخلاقية. وخارجان عن دائرة الالتزامات المدنية والالتزامات الجنائية.

والأحكام التكليفية خمسة (الوجـوب، والنـدب، والحرمـة، والكراهـة، والإباحـة) وفي القانون ثلاثة (الوجوب والحرمة والإباحة).

والطلب على سبيل التخيير يسمى إباحة في الشريعة والقانون.

ثانياً: القياس على الوقائع الطبيعية: المصدر الوحيد للالتزامات المدنية في الوقائع هـو القانون وحده باتفاق فقهاء القانون وفي مقـدمتهم الأسـتاذ السـنهوري (رحمـه الله) حيث قال في الوسيط[1]: ((الوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليهـا القـانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي، لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها)).

ومن الواضح أنه لا يوجد بين التصرفات القانونية والوقائع فرق إلا بتدخل الإرادة في الأولى دون الثانية.

ثم أن الأفعال الضارة التي تعتبر مصدراً قد لا يكون للإرادة أي دخل فيها كالأفعال الضارة الصادرة من عديمي الأهلية والإرادة وهي في نظر القانون مصادر الالتزام مع أن الإرادة لا دخل لها في إحداثها.

ثالثاً: في بعض القوانين التي تعتبر العقد من مصادر الالتزام يوجد النص الصريح علـى أن المصدر الذي يرتب الأثر على العقد هو القانون وعلى سبيل المثل القانون المـدني الكويتي[2] الذي نص في المادة (٣١) على أن ((العقد هو ارتباط الإيجـاب بـالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون)).

وهذه المادة صريحة في أن الالتزام في العقد مصدره هو القانون الـذي يرتـب الالتـزام على سببه وهو العقد.

فالعقد سبب ومصدر آثاره من الحقوق والالتزامات هو القانون.

رابعاً: اتفقت القوانين وفقهاء القانون على أن أسباب كسب الحقوق العينية سـبعة وهـي (الاسـتيلاء علـى الأمـوال المباحـة، والمـيراث، والوصـية، والالتصـاق[3]، والعقـد، والشفعة، والحيازة).

---

(١) ١/١٤٥.

(٢) رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

(٣) ((إذا جاء النهر بطمي على أرض أحد فهو ملكه)) المدني العراقي القائم (م/١١١٣).

وهذه الأسباب منها تصرفات قانونية ومنها وقائع قانونية وهي أسباب لكسب الحقوق العينية ومصدرها هو القانون. ومن الواضح أن الحقوق والالتزامات من آثار العقد والقول بأن الحقوق المكتسبة من العقد مصدرها القانون، والالتزامات المترتبة عليه مصدرها هو العقد ذاته تحكم وترجيح بلا مرجح.

خامساً: لو ترك الإنسان وحريته في الإرادة لامتنع عن التنفيذ كثير من الذين ينفذون التزاماتهم خوفاً من القانون، ولكن يعرفون مقدماً أنهم لو لم ينفذوا التزاماتهم باختيارهم لأجبروا عليه بحكم القانون، وهذا دليل على أن المصدر هو القانون لأنه وحده يتمتع بالقوة الملزمة.

سادساً: لو لم يكن مصدر الالتزام هو القانون لما سقط بالتقادم، لأن التصرف الذي أنشأ الالتزام كالعقد مثلاً لا يسقط بالتقادم فما دام المصدر غير قابل للسقوط بالتقادم، فالمفروض أن يكون الالتزام الذي يترتب عليه لا يتحول من كونه مدنياً إلى الالتزام الطبيعي بالتقادم.

سابعاً: لو كان العقد مصدر الالتزام لما كان هناك حاجة إلى المادة (١٤٥) من القانون المدني العراقي النافذ: ((أياً كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه)) لكن الضرورة قائمة على وجود هذه المادة فينتج من القياس الاستثنائي المنطقي أن العقد ليس مصدر الالتزام[١].

ولو كان مصدر الالتزام هو الإرادة المنفردة لما كان هناك ضرورة للمادة (١٨٤) المدني العراقي: ((لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون)). لكن الضرورة إليها قائمة فلا تكون الإرادة المنفردة مصدراً، لأن رفع

---

(١) القياس الاستثنائي الاتصالي المنطقي يتركب من الشرطية المتصلة (المقدم والتالي) فوضع المقدم (إثباته) ينتج وضع التالي، ورفع التالي (نفيه) ينتج رفع المقدم دون العكس أي وضع التالي لا ينتج وضع المقدم، وكذلك رفع المقدم لا ينتج رفع التالي لجواز كون التالي أعم من المقدم، فلا يلزم من وضع التالي وضع المقدم إذ لا يلزم من وجود الأعم وجود الأخص وكذلك لا يلزم من رفع المقدم رفع التالي إذ لا يلزم من عدم الأخص عدم الأعم (يُنظر تهذيب المنطق للسعد التفتازاني وشرحه للشيخ عبيدالله بن فضل الخبيصي، ص٩١). وعلى سبيل المثل إذا قلنا لو كان (أ) عاقلاً لكان إنساناً لكنه عاقل فيكون إنساناً بخلاف ما إذا قيل لو كان إنساناً لكان عاقلاً لأن الإنسان أعم من العاقل فقد يكون مجنوناً.

التالي ينتج رفع المقدم. وكذا لم تكن هناك حاجة إلى المادة (٤٠٣) من مشروع المدني العراقي ((تلزم الإرادة المنفردة صاحبها في الحالات المنصوص عليها في القانون)).

ثامناً: قبل نشاة القانون كان مصدر الحقوق والالتزامات هو العُرف، وبعد نشأة الدولة واستبدال القانون بالعرف حل محله القانون، ومن الواضح أن البدل حكمه حكم المبدل منه.

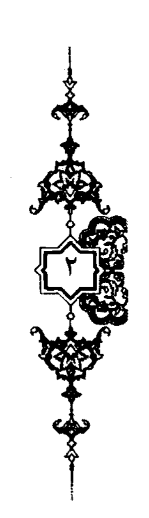
تاسعاً: مصدر الالتزامات الجنائية هو القانون باتفاق القوانين، ولا يوجد دليل منطقي يبرر التفرقة بين الالتزامات المدنية والالتزامات الجنائية من حيث المصدرية، لأن كلا النوعين من الأحكام التكليفية التي مصدرها الشرع أو القانون.

عاشراً: استقر الفقه الحديث في القوانين على أن أساس القوة الملزمة للعقد هو القانون دون سلطان الإرادة، وهذا يدل دلالة لا تقبل الجدل والنقاش على أن مصدر الالتزامات كلها هو القانون.

وهذه الأدلة العلمية العقلية المنطقية تدل بمجموعها دلالة قطعية على أن مصدر الالتزامات كلها جنائية كانت أم مدنية هو القانون.

وما عدا القانون والقاعدة القانونية من العقد والعمل غير المشروع والكسب دون السبب (أو الإثراء بلا سبب) إنما هي أسباب الالتزام وإطلاق المصادر عليها مخالف للمنطق القانوني وفلسفة القانون.



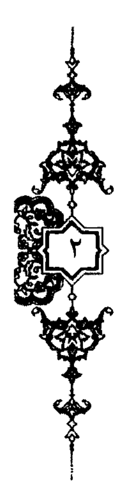


الفصل الثاني

أنواع الالتزام

ينقسم الالتزام إلى أنواع متعددة بحيثيات مختلفة من حيث المحل، والأوصاف، والموضوع، والتنفيذ، والسبب.

لذا توزع دراسة هذه الأنواع على أربعة مباحث يخصص كل لحيثية واحدة منها.



المبحث الأول

أنواع الالتزام من حيث المحل (الأداء)

أهم أنواع الالتزام من حيث المحل هي الآتية:

أولاً- إيجابي وسلبي[1]:

١. يكون الالتزام إيجابياً إذا كان محله قياماً بعمل أياً كانت طبيعة هذا العمل، كالالتزام بإعطاء شيء أو نقل شيء أو تسليم أو دفع أو تسديد أو نحو ذلك.

ومن تطبيقاته: التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المشتري بتسديد الثمن وفق ما يتفق عليه الطرفان.

٢. ويكون الالتزام سلبياً إذا كان محله امتناعاً عن القيام بعمل بمقتضى القانون، كامتناع المؤجر عن تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر بعد إكمال عقد الإيجار بدون مبرر، أو امتناع المستأجر عن دفع الأقساط المستحقة عليه بدون عذر، أو بمقتضى الاتفاق كاتفاق البائع لأحد متجريه المتجاورين مع المشتري على أن لا يبيع من أصناف ما يبيعه هو في متجره أو نحو ذلك.

ثمرة التقسيم:

أهم ثمرة تترتب على هذا التقسيم هو أنه لا يشترط في الخطأ المثل بالإخلال بالالتزام توافر عنصريه المادي والمعنوي في الالتزام الإيجابي، بل يكفي العنصر المادي وحده وهو الإخلال بواجب قانوني (العمل غير المشروع) سواء تحقق العنصر المعنوي (إدراك المخل بأنه أخل بواجبه القانوني) أو لم يتحقق، وبتعبير آخر يكفي في إحداث الإضرار بالغير التعدي دون التعمد.

بخلاف الالتزام السلبي ففيه لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أو التقصيرية مجرد توافر العنصر المادي، بل يجب أن يتحقق العنصر المعنوي أيضاً، أي لا يكفي التعدي وحده بل يلزم أن يتوافر التعمد أيضاً، بأن يقصد إلحاق الضرر بالغير.

---

[1] المدني اللبناني المادة (٤٥) وما يليها.

ثانياً- الالتزام بتحقيق الغاية والالتزام ببذل العناية:

١. ففي الالتزام بتحقيق الغاية يجب تحقق النتيجة المطلوبة للملتزم له فلا يكفي مجرد بذل العناية والفشل في تحقيق الغاية.

ومن تطبيقات هذا النوع الالتزام بأداء الامتحان للقبول في إحدى الكليات، أو التعيين في إحدى الوظائف، أو الإرسال إلى الخارج لإكمال الدراسة عن طريق البعثات وأمثال ذلك، فلا يكفي بذل العناية من الممتحن، بل المطلوب هو النجاح.

٢. أما في الالتزام ببذل العناية فيكفي للتخلص من المسؤولية بذل الملتزم عناية الشخص المعتاد أو بذل العناية في تحقيق هدفه الخاص، كما في حالة قيام الطبيب بإجراء عملية جراحية للمريض.

ومعيار التمييز بين الالتزامين هو أن تحقيق النتيجة إذا كان خاضعاً لإرادة الملتزم ١٠٠٪ فلا يكفي بذل العناية بل يجب تحقيق الغاية، ففي المثال المذكور تحقيق نجاح العملية ١٠٠٪ ليس خاضعاً لإرادة الطبيب المختص، بل هناك عوامل أخرى قد تتدخل في فشل العملية الجراحية، كوجود أمراض أخرى في جسم المريض تساعد على وفاء المريض وعدم نجاح العملية.

ثمرة التقسيم:

من ثمرة هذا التقسيم في حالة الالتزام ببذل العناية أنه لا يجوز إقامة الدعوى على الملتزم الذي فشل في تحقيق النتيجة المطلوبة لدى الملتزم له والمطالبة بالتعويض ما لم يثبت تقصير الطبيب وعدم رعاية الأصول الفنية لإجراء تلك العملية.

كما لا يجوز له إقامة الدعوى والمطالبة بالغاية أو تحقيق الهدف الذي بذل العناية لأجله كانتقاله من مرحلة أدنى إلى مرحلة أعلى في الدراسة أو قبوله في الكلية أو تعيينه في الوظيفة بحجة أنه قام ببذل العناية.

ثالثاً- الالتزام الأصلي والالتزام التبعي:

١. الالتزام الأصلي: هو التزام مستقل غير تابع لالتزام آخر، كالالتزام في عقد البيع أو عقد الإيجار أو نحوهما، فلا ينقضي هذا النوع إلا بأسباب الانقضاء للالتزامات المستقلة.

٢. الالتزام التبعي: هو التزام غير مستقل وإنما هو تابع لالتزام آخر أصلي، فيبقى ببقائه وينقضي بانقضائه، كالتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به الأصيل، فيبقى هذا الالتزام مستمراً ما دام التزام الأصيل باقياً، لكن إذا انقضى بطريقة من طرق الانقضاء كالوفاء أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو نحو ذلك ينقضي التزام الكفيل تلقائياً بناءً على قاعدة (إذا سقط الأصل سقط الفرع)[1].

لكن إذا عجز الأصل عن الوفاء أو امتنع المدين الأصلي عن القيام به ولو جبراً، على الكفيل أن يفي بهذا الدين.

ثمرة التقسيم:

إن الدائن لا يستطيع أن يطلب من الكفيل الوفاء بالدين ما لم يمتنع الأصيل عن الوفاء أو يصبح عاجزاً عنه، لأن الكفالة لمجرد الضمان والتزامه يأتي في الدرجة بعد التزام الأصيل.

---

[1] المادة (٥٠) من مجلة الأحكام العدلية.

المبحث الثاني
أنواع الالتزام من حيث الأوصاف[1]

ينقسم الالتزام من حيث الأوصاف إلى أنواع متعددة منها:

أولاً- الالتزام الحال والالتزام المؤجل:

١. الأصل أن يكون كل التزام حالاً بمقتضى القانون، لأنه مسبب يتحقق كلما تحقق سببه بدون تأخير ما لم يتفق الملتزم والملتزم له على تأجيل الأداء لوقت محدد أو غير محدد.
٢. يكون الالتزام مؤجلاً إذا تم الاتفاق على تأجيل محدد أو غير محدد.

ثمرة التقسيم:

للملتزم له استعمال جميع الطرق القانونية والاتفاقية على الوفاء بالالتزام الحال وإجبار الملتزم عليه عن طريق القضاء.

أما في الالتزام المؤجل فلا يحق له هذا الاستعمال ما لم تنته مدة التأجيل أو يتحول المؤجل إلى الحال بطريقة أخرى كصيرورة المهر المؤجل حالاً بأقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة.

ثانياً- ا لالتزام المطلق والالتزام المشروط:

١. الالتزام المطلق: الأصل في كل التزام هو الإطلاق، لأن التنفيذ من الصفات العارضة والأصل عدمها. فإذا كان مطلقاً على الملتزم الوفاء به حسب العرف السائد في البلد.
٢. الالتزام المشروط: إذا كان تنفيذ التزام الملتزم مشروطاً بشرط يحدده القانون أو بشرط جعلي يتفق عليه العاقدان فعلى الملتزم أن يتقيد بهذا الشرط حين الوفاء[2]، وإلا يتعرّض للمسؤولية العقدية أو التقصيرية.

الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه إما وجود الالتزام فيسمى شرطاً واقفاً أو موقفاً، أو زوال الالتزام فيسمى شرطاً فاسخاً كما يلي:

---

[1] الأستاذ أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، ص٢١٨ وما يليها..

[2] المادة (٨٣) من مجلة ا لأحكام العدلية.

أ- ومن صور الالتزام المشروط بشرط واقف أن يتعهد الأب لأحد أولاده بأن يشتري له سيارة إذا نجح في امتحان المرحلة الأخيرة من مراحل دراسته بدرجة متفوقة، ففي هذه الصورة لا يتحقق التزام الأب إلا إذا تحقق الشرط، وإذا تحقق استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين، أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط[١].

ب- ومن تطبيقات الالتزام المشروط بشرط فاسخ: التزام شخص بالإنفاق على زوجة أخيه المتوفى على أن لا تتزوج وتبقى مربية لأولاد أخيه، فالالتزام يبقى قائماً من تاريخ التعهد وينفسخ متى تزوجت، غير أن أثر الانفساخ ليس بأثر رجعي.

ثمرة التقسيم:

ومن ثمرة هذا التقسيم عدم وجود المسؤولية للملتزم إذا اخل بالتزامه قبل تحقق الشرط الواقف وقيام مسؤوليته إذا أخل بالتزامه قبل تحقق الشرط الفاسخ.

وللملتزم استرداد ما سلمه للملتزم له بعد تحقق الشرط الفاسخ.

وفي صورة الالتزام المعلق على شرط موقف لا يكون الالتزام نافذاً إلا بعد تحقق الشرط، أما قبله فيكون الالتزام غير قابل لا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، لكن يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ على حقه.

ويظل الالتزام معدوماً على خطر الوجود ما بقي التعليق قائماً، ولذلك لا يحق للدائن أن يباشر بمقتضاه إجراءات التنفيذ، كما لا يعد وفاء المدين باختياره وفاءً بما هو مستحق، وبالإضافة إلى ما ذكر لا يبدأ سريان التقادم، لأنه لم يصبح حقاً مستحق الأداء بعد[٢].

ثالثاً- الالتزام المدني والالتزام الطبيعي:

١. الالتزام المدني: التزام قانوني كامل يحميه القانون، فتسمع الدعوى القانونية بمطالبة تنفيذه، وعلى القاضي أن يحكم بالوفاء به كاملاً، فإذا كان الوفاء ناقصاً أو كان الملتزم ممتنعاً عن الوفاء بدون مبرر قانوني يحكم عليه بالجزاء وهو التعويض عن

---

[١] القانون المدني المصري القائم، المادة (٢٧٠).

[٢] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري القائم، ١٤/٣، الأستاذ الدكتور أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص

الضرر الناتج عن التأخير، بالإضافة إلى بيع أمواله قسراً لغرض التنفيذ الجبري، واستيفاء الدائن دينه من ثمن المبيعات.

٢. الالتزام الطبيعي: وهو الذي فقد الحماية القانونية وصفة التنفيذ الجبري والمسؤولية لسقوطه بالتقادم المسقط، أي بمضي مدة التقادم على ترك المطالبة بحقه.

ومدة التقادم في القوانين تختلف باختلاف طبيعة الحقوق والالتزامات كماً وكيفاً، وتتراوح بين سنة وخمس عشرة سنة.

وجدير بالذكر أن سبب الالتزام الطبيعي لا يقتصر على التقادم، بل هناك أسباب أخرى، منها: عدم تمكن الدائن من إثبات دينه أمام القضاء بدليل مشروع مقبول، ومنها التزام المتبرع قبل تسليم المتبرع به للمتبرع له، ومنها الالتزام في العقود العينية قبل قبض العين (محل العقد)، لأن الالتزام في تلك العقود ينشأ بمجرد الإيجاب أو الإيجاب والقبول كما في العقد الرضائي، لكن لا ينشأ الحق إلا بعد القبض، خلافاً لما ذهب إليه علماء القانون من أن القبض في تلك العقود ركن ولا ينعقد أي عقد منها بدون القبض، والصواب أن العقد العيني ينعقد قبل القبض وأن الالتزام يترتب عليه دون الحق، لكن يوصف الالتزام بأنه طبيعي لا يُجبر الملتزم على تنفيذه قضاءً ويُسأل ديانة، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾[1].

ثمرة التقسيم:

لهذا التقسيم أهمية كبيرة من الناحية العملية من أوجه متعددة منها:

أ- رعاية استقرار المعاملات ووضع حد لإقامة الدعاوى إلى ما لا نهاية أو بدون سند شرعي.

ب- سقوط الدعوى بمثابة عقوبة للدائن على إهماله وتقصيره في عدم المطالبة بحقه رغم عدم وجود مانع لديه وعدم عذر شرعي.

ج- في التفرقة بين هذين النوعين من الالتزام من حيث الآثار جمع بين مصلحتين، مصلحة الدائن في أن حقه لا يسقط بالتقادم أو بعدم وجود سند الإثبات أمام القضاء وإنما السقوط للدعوى وحدها، ولذا إذا قام الملتزم التزاماً طبيعياً بالوفاء

---

[1] سورة الإسراء/ ٣٤.

وتسليم الحق للملتزم له لا يحق له بعد التنفيذ استرداد الحق بحجة أن التزامه كان طبيعياً.

وبين المصلحة العامة وهي رعاية استقرار المعاملات، وبناء على ذلك يبقى الدين مطلوباً ديانة لا قضاءً في اصطلاح الفقه الإسلامي، وبتعبير علماء القانون يسقط عنصر المسؤولية ويبقى عنصر المديونية[1]. غير أن تسمية هذين المصطلحين العناصر مخالفة للمنطق القانوني، لأنهما من ميزات الالتزام وخواصه وأوصافه، وهي تتكون بعد نشأة الالتزام، بينما عناصر الشيء متقدمة عليه في الوجود.

---

[1] وعلى سبيل المثل يقول الأستاذ إسماعيل غانم في كتابه (النظرية العامة للالتزام، ص٢٤)، وهو من كبار فقهاء القانون المصريين: ((تحليل رابطة الالتزام إلى عنصريها المديونية والمسؤولية العنصر الأول يقتصر على الواجب الذي يفرض على الشخص القيام بأداء معين سواء كان عملاً سلبياً أو إيجابياً لمصلحة شخص آخر وينقضي بالوفاء الاختياري.
أما العنصر الثاني فبمقتضاه يكون المدين مسؤولاً عن تنفيذ دينه إلى آخره)). والأستاذ إسماعيل بيّن في هذا الكلام لتفسير المديونية والمسؤولية أنهما تتحققان بعد وجود الالتزام.

المبحث الثالث

أنواع الالتزام من حيث طبيعة الموضوع

ينقسم الالتزام من حيث طبيعة موضوعه إلى أنواع متعددة منها ما يلي:

أولاً- الالتزام العيني والالتزام الشخصي:

١. الالتزام العيني هو التزام متعلقه عين معينة بالذات أو على سبيل الشيوع، فهو من قبيل نسبة الشيء إلى موضوعه، كالتزام البائع بتسليم عين المبيع الذي هو موضوع الالتزام ومتعلقه، فهو بالنسبة إلى المشتري حق عيني، لأن له سلطة مباشرة عليه تخوله صلاحية الاستعمال والاستغلال والتصرف والحيازة بعد القبض.
وبالنسبة للبائع التزام عيني منصب على العين التي هي موضوعه.

٢. الالتزام الشخصي: هو التزام موضوعه حق شخصي بذمة المدين، كالتزام المشتري بدفع الثمن للبائع وهو موضوع التزامه، كما أنه بالنسبة للبائع يكون حقاً شخصياً يكون بالنسبة للمشتري التزاماً شخصياً.

وجدير بالذكر أن موضوع التمييز بين الالتزام العيني والالتزام الشخصي كان محل نقاش وخلاف لفقهاء القانون في فرنسا وفي البلاد العربية إلى درجة أن اعتبروه مشكلة عويصة على أساس عدم وجود معيار موضوعي واضح لهذا التمييز[1].

ومن تلك الخلافات ما يرى الأستاذ السنهوري[1] من أن الرأي الراجح هو أن الالتزام

---

[1] يقول الدكتور عبدالعزيز عبدالقادر في كتابه (الالتزام العيني بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، ص٥) تحت عنوان (غموض فكرة الالتزام العيني في الفقهين الوضعي والإسلامي): ((لا تزال فكرة الالتزام العيني غامضة في التشريعات الوضعية حتى يومنا هذا، ولم يختلف شُراح القانون الوضعي في مفهومهم لفكرة قانونية اختلافهم عندما تعرضوا لوصف هذا النوع من الالتزام، وكان خلافهم يثير الدهشة حقاً، فقد وصفه البعض في فرنسا بأنه التزام شخصي عادي، ووصفه فريق ثان بأنه الحق العيني نفسه، وتوسط فريق ثالث في الأمر فقال أن الالتزام العيني هو التزام قائم بذاته وسط بين الحق العيني والحق الشخصي، وذهب رأي رابع إلى أن الالتزام العيني وسيلة لحل التنازع بين الحقوق العينية، وذهب بعض الشُراح في مصر إلى أن الالتزام العيني رابطة بين دائن ومدين ينشئها نص قانوني مباشرة)).

العيني ليس إلا امتداداً للحق العيني وليس التزاماً قائماً بذاته.

وقال الأستاذ عبدالحي حجازي[٢] أن الالتزام العيني رابطة بين دائن ومدين ينشئها نص القانون مباشرة بمقتضاها يلتزم المدين قبل دائنه بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ومن الغريب أن نرى وجود مثل هذا الاختلاف في موضوع واضح وضوح الشمس في نصف النهار، فالحق العيني والالتزام العيني كلاهما ينصبان على عين معينة ويتعلق بها، والفرق هو أن هذا التعلق بالنسبة للملتزم له (الدائن) يسمى حقاً عينياً، وبالنسبة للملتزم (المدين) يسمى التزاماً عينياً.

وكذلك الالتزام الشخصي بالنسبة للدائن حق شخصي، وبالنسبة للمدين التزام شخصي.

وعلى سبيل المثل دين المدين بعد وفاته يتعلق بتركته ويتحول من الالتزام الشخصي إلى الالتزام العيني على سبيل الشيوع كما في حق الورثة المتعلق بها.

أما الوصية بعين معينة فيبقى حق الموصى له متعلقاً بذات العين ويكون التزام الورثة بتنفيذها التزاماً عينياً، فلا يحق لهم تبديل العين ببديل آخر إلا بموافقة الموصى له.

ثانياً- الالتزام القابل للأثر الرجعي وغير القابل:

١. الالتزام القابل للأثر الرجعي: من تطبيقاته:

أ- العقد الموقوف بعد الإجازة تترتب عليه آثاره من الحقوق والالتزامات بالأثر الرجعي من تاريخ إنشائه.

ب- العقد المفسوخ بعد فسخ العقد لما يبرره تترتب عليه الالتزامات بالأثر الرجعي، فيرجع كل من العاقدين إلى ما كانا عليه قبل الفسخ، فيلتزم كل منهما برد ما استلمه من الطرف الآخر.

٢. الالتزام غير القابل للأثر الرجعي: من تطبيقاته: فسخ العقد المستمر التنفيذ أو انفساخه، فالالتزامات المترتبة على الفسخ أو الانفساخ ليس لها الأثر الرجعي، فلا يلتزم المستأجر برد المنافع التي حصل عليها في الماضي أثناء قيام العقد، كما لا يلتزم المؤجر برد

---

[١] الوسيط، ٨/٦٨٨.

[٢] أحكام الالتزامات، ١/٢٨.

الأقساط المستحقة التي استلمها عن بدل الإيجار.

ثمرة التقسيم:

تتجلى هذه الثمرة في سقوط جميع الالتزامات المترتبة على العقود المستمرة التنفيذ من لحظة الفسخ أو الانفساخ بالنسبة للمستقبل فقط.

ثالثاً- الالتزام القابل للانتقال إلى الغير وارثاً (خلف عام) كان أو غير وارث (خلف خاص) وغير القابل للانتقال:

١. الالتزامات القابلة للانتقال إلى الغير ومن تطبيقاتها:

أ- انتقال الالتزام من ذمة إلى ذمة أخرى، كما في حوالة الدين، وتتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر بموجبه يتحمل عنه الدين، وتعرف بأنها: نقل الدين والمطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

وبتعبير آخر: اتفاق بين الدائن وشخص آخر بمقتضاه يحل محله في الالتزام بالوفاء به، لكن لا تكون هذه الحوالة نافذة في حق الدائن المحال له إلا إذا أقرها، وفلسفة ذلك الاختلاف بين مدين ومدين آخر من حيث الثقة وحسن النية والأمانة والإمكانية المالية ونحو ذلك.

وحوالة الدين إما مطلقة أو مقيدة:

الحوالة تكون مطلقة: إذا أحال المدين الدائن على المحال عليه غير مقيدة بأداء الدين من الدين الذي بذمته أو العين التي عنده أو وديعة أو عين مغصوبة أو أحال على شخص ليس له شيء عليه أو عنده، وفي هذه الصورة الأخيرة تكيّف الحوالة بالوكالة.

وتكون مقيدة: إذا كلف بأدائه من الدين الذي بذمته أو العين التي هي أمانة عنده أو مغصوبة.

وجدير بالذكر أنه ليس للمحيل (المدين الأصلي) أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى هذه الحوالة[1].

---

[1] يُنظر المصادر الآتية: المدني العراقي (م/٣٣٩ وما يليها)، والمصري (م/٣١٥ وما يليها)، والسوري (م/٣١٥ وما يليها)، واللبناني (م/٣٠٢ وما يليها)، والليبي (م/٢٩٠ وما يليها)،

ب- الانتقال بالوفاة: في الفقه اللاتيني والقوانين المتأثرة به أن شخصية الوارث امتداد لشخصية مورثه، وعلى هذا الأساس يكون الوارث ملزماً بوفاء ديون مورثه لا في حدود التركة فحسب بل في أمواله الخاصة أيضاً إذا لم تكن التركة كافية للوفاء بالدين كله، كما له قبول التركة بشرط الجرد، ففي هذه الحالة تنحصر مسؤوليته في الأموال الموروثة، كما له أيضاً أن يرفض التركة برمتها فحينئذٍ لا تنصرف إليه التزامات مورثه[1]، بخلاف الشريعة الإسلامية والقوانين المتأثرة بها فإنها لا تلزم أحداً بتبعات شخص آخر لا جنائياً ولا مدنياً، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[2]، أي لا تتحمل نفس بريئة تبعات نفس أخرى تكون ذمته مشغولة بحق للغير جنائياً أو مدنياً، لأن ذمة كل إنسان في هذه الشريعة مستقلة عن ذمة غيره تولد مع ميلاد الشخص وتنتهي بموته، وبناءً على ذلك ديون كل مدين تتعلق بذمته في حياته وتكون أمواله ضماناً لها، وبعد وفاته يتحول الالتزام من كونه شخصياً متعلقاً بذمة شخص المدين إلى التزام عيني يتعلق بعين تركته على سبيل الشيوع كالميراث، ويتم الوفاء به منها قبل تنفيذ الوصية وتوزيعها على الورثة، فلا تنتقل التزامات المورث لورثته إلا في حدود تركته، فلا يلتزم الوارث بالوفاء من ماله الخاص ما لم يكن متطوعاً به.

فالمدين إذا مات ولم يترك مالاً يستوفى منه دينه أو كان غير كاف يتم وفاء دينه من المالية العامة (الخزانة العامة) على قاعدة (الغرم بالغنم)، لأن الدولة وارثة لمن لا وارث له.

ج- الانتقال إلى الخلف الخاص: ما ذكرناه كان بالنسبة إلى الخلف العام وهو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو في جزء منها في الفقه اللاتيني، وهذا هو الوارث لكل التركة أو لجزء منها، وهذا لا يكون إلا بعد وفاة السلف، والخلف الخاص هو الذي يخلف سلفه في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء معين[3].

والأردني (م/٣٩٣ وما يليها)، وغيرها من القوانين الأخرى التي عالجت انتقال الدين عن طريق الحوالة.

[1] الأستاذ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ص٣٤٢ وما يليها.

[2] سورة الأنعام/ ١٥.

[3] يُنظر الأستاذ أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ص٣٢١.

وعلى سبيل المثل للانتقال إلى الخلف الخاص إذا باع المدين المال المرهون الذي هو ضمان لدين الدائن المرتهن بدون إذنه يكون العقد في الفقه الإسلامي موقوفاً على موافقته أو وفاء الدين من مال آخر حماية لحقه، خلافاً للقانون حيث يعتبر العقد نافذاً لازماً[١]، ولكن للدائن المرتهن حق التقدم والتتبع وانتزاع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز[٢].

ففي أية يد كان المال المرهون له حق التنفيذ عليه ببيع المرهون عن طريق المزايدة العلنية لاستيفاء دينه من ثمنه إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء أو عجز عنه[٣]، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه، ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه لأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار.

نقد رأي القانون:

رأي القانون في انتقال ملكية المرهون إلى الخلف الخاص مثقلة بالرهن ينتقد من أوجه متعددة، منها ما يلي:

أ- القول بأن حق الدائن المرتهن يسري في مواجهة الخلف الخاص يتعارض مع حجية الحق العيني الذي يكتسبها هذا الخلف بطريقة قانونية مشروعة.

ب- إذا قلنا بأن أثر الرهن (أي الحبس) يقتصر على المدين الراهن أو خلفه العام (الوارث)، فإن الرهن يفقد قيمته الضمانية بالنسبة للدائن المرتهن بعد انتقال ملكية المرهون إلى الخلف الخاص.

ج- إن الدائن المرتهن قد يكون عديم الأهلية أو ناقصها، ففي هذه الحالة يكون موقفه ضعيفاً في الدفاع عن حقه بطريقة التتبع، وهذا قد يؤدي إلى ضياع حق ضمان دينه.

---

[١] تنص المادة (١٢٩٥/١) من المدني العراقي على أنه ((يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهناً تأمينياً، وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن)) ويطابقه المصري (م/١٠٤٦) وغيره من القوانين الأخرى.

[٢] يُنظر المدني العراقي (م/١٣٠٦) وما يليها ويطابقه المصري (م/١٠٥٦) وما يليها، وغيرهما من القوانين الأخرى.

[٣] يُنظر المدني العراقي (م/١٣٦٠) وما يليها، ويطابقه المصري (م/١٠٥٦) وما يليها.

وبناءً على هذه العيوب لرأي القانون وفقهائه ندعو باسم العدالة الأخذ بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن بيع المرهون موقوف على إجازة الدائن المرتهن أو وفاء الدين المضمون بالرهن.

٢. الالتزامات غير القابلة للانتقال إلى الغير، لأن طبيعة موضوعها تأبى قبول الانتقال ومنها:

أ- الالتزامات الزوجية غير المالية: فالتزامات كل من الزوجين غير المالية تجاه الآخر لا تنتقل إلى غيره لا في حياته ولا بعد وفاته، فهي تنقضي بمجرد وفاة الملتزم من أحد الزوجين، كالمعاشرة الزوجية والمطاوعة وغيرها من الالتزامات غير المالية.

ب- الالتزامات الوظيفية: لا تنتقل إلى ورثة الموظف.

ج- الالتزامات الرئاسية: لا تنتقل إلى الغير عن طريق الميراث، فالنظام الملكي أو الأميري الوراثي مخالف للشريعة الإسلامية، لأن موضوع هذه الالتزامات تكاليف مبنية على أساس الأهلية والكفاءة وليست حقوقاً حتى تنتقل عن طريق الميراث.

ثمرة التقسيم:

تحديد مسؤولية الملتزم وبيان طرق استيفاء الملتزم له حقه في كل موضوع من الموضوعات المذكورة.

رابعاً- الالتزام التلازمي والالتزام التخييري والالتزام البدلي:

١. **الالتزام التلازمي**: هو الذي يكون موضوعه مشتملاً على جملة أشياء يجب الوفاء بها معاً بحيث لا تبرأ ذمة الملتزم إلا بأدائها كلها كالأجزاء الضرورية المتلازمة يكمل بعضها بعضاً. وعلى سبيل المثل إذا بيعت دار تدخل في البيع لوازمها لأنها من مستلزماتها، وكذا إذا بيعت مزرعة تدخل فيها المضخات والنواعير ونحو ذلك لأنها من لوازمها.

وبناءً على ذلك تسري أحكام الالتزام البسيط على الالتزامات المتلازمة[1].

٢. **الالتزام التخييري**: هو الذي يكون موضوعه مشتملاً على جملة أشياء تبرأ ذمة الملتزم تماماً بأداء واحد منها[1]. ومن مميزات هذا النوع من الالتزام أنه يجوز لكل من

---

[1] المدني اللبناني (م/٥٤) و(م/٥٥).

المتعاقدين أن يحتفظ لنفسه بخيار التعيين لأجل محدد، لكن الأصل هو أن يكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على غير ذلك[٢].

وأما الالتزام الذي لم يبين فيه الطرق المحفوظ لصالحه خيار التعيين فيكون باطلاً.

ويتم الخيار بمجرد التصريح به للمتعاقد الآخر.

وبعد حصول الخيار يعتبر الالتزام كأن لم يكن التزاماً تخييرياً، وإنما هو التزام بسيط ذو موضوع واحد[٣].

وإذا مات من ثبت له الخيار قبل أن يختار، انتقل الخيار إلى ورثته في حدود الوقت الذي كان باقياً له للتخيير.

وتبرأ ذمة الملتزم بأداء أحد الشيئين الموعد بهما، ولكنه لا يستطيع إجبار الملتزم له على أن يأخذ جزءاً من أحدهما وجزءاً من الآخر.

٣. **الالتزام البدلي**: وهو الذي يكون موضوعه شيئاً واحداً ابتداءً مع تخويل المدين حق الوفاء ببديل عنه فتبرأ ذمته بذلك[٤].

والالتزام الأصلي دون البدلي هو وحده موضوع الالتزام، وهو الذي يحدد طبيعته[٥].

ومن تطبيقاته: أن يتفق المُقرِض والمقترض على أن يكون له الحق أن يعطيه بدلاً من مبلغ النقود المقترضة بديلاً من دار أو أرض معينة أو نحو ذلك، فيكون مبلغ النقود هو الموضوع الأصلي للالتزام، والدار وغيرها هي البديل، ويجب أن يتوافر في الموضوع الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في موضوع الالتزام، وإلا كان الالتزام باطلاً[٦].

---

[١] المرجع السابق (م/٥٦).

[٢] المدني الليبي (م/٢٦٢).

[٣] المدني المغربي (الفصل ١٤١ وما يليه).

[٤] المدني العراقي (م/٣٠٢)، والمدني المصري (م/٢٧٨)، والمدني السوري (م/٢٧٨)، والمدني الليبي (م/٢٦٥)، والمدني اللبناني (م/٦٨–٦٩)، مجموعة الأعمال التحضيرية للمدني المصري ٤٦/٣ وما يليها.

[٥] المدني العراقي (م/٣٠٢).

[٦] الأستاذ السنهوري/ الوسيط، ١٧٩/٣.

ثمرة التقسيم:

لهذا التقسيم أهمية كبيرة من الأوجه الآتية:

أ- بالنسبة للالتزام التلازمي الأهمية تكون في حسم النزاع بين المتعاقدين مقدماً فيما يعده العرف متلازماً مع محل العقد يعتبر داخلاً فيه رغم عدم ذكره صراحة في العقد، وما لا يعد عرفاً متلازماً لا يدخل في العقد ما لم يذكر اسمه صراحة.

ب- بالنسبة للالتزام التخييري يكون محل التنفيذ أيسر وأوسع لتبرئة الذمة بالتنفيذ على أحد الأشياء التي هي محل العقد موضوع الالتزام.
وإذا هلك البعض من الأشياء المخير فيها فيبقى مجال التنفيذ في الباقي، ويكون بمثابة تنفيذ الالتزام البسيط.

ج- بالنسبة للالتزام البدلي فيه تسهيل للملتزم لتنفيذ التزامه حيث أمامه مجال واسع في التنفيذ على موضوع الالتزام مع إعطاء الخيار له في الوفاء ببديل للموضوع الأصلي للالتزام.

د- لا يحق للملتزم له المطالبة بالالتزام البدلي بدون رضاء الملتزم له أو أن يعرض عليه أحدهما.

هـ- إذا هلك في الالتزام البدلي موضوعه الأصلي بسبب أجنبي انقضى الالتزام بهلاكه، بخلاف ما إذا هلك الشيء البديل.
أما في الالتزام التخييري فإذا هلك أحد الشيئين من موضوع الالتزام لا ينقضي بل ينقلب إلى التزام بسيط ذي موضوع واحد[1].

ز- في الالتزام البدلي يكون الخيار دائماً للملتزم، بخلاف التخييري ففيه قد يكون للملتزم كما يكون للملتزم له أو شخص أجنبي.

ح- ليس للوفاء بالالتزام البدلي أثر رجعي ولا ينقلب إلى التزام بسيط منذ البداية، بخلاف الالتزام التخييري.

---

[1] الوسيط، ٣/١٧٩ وما يليها.

المبحث الرابع
انواع الالتزام من حيث التنفيذ

تندرج تحت هذا النوع الصور الثلاث الآتية:

١. الانفرادي والتعددي.

٢. القابل للتجزئة وعدم القابل لها.

٣. التضامني وغير التضامني.

أولاً– باعتبار الأطراف ينقسم إلى الالتزام الانفرادي والالتزام التعددي:

١. الالتزام الانفرادي: هو الذي يكون بالنسبة لأحد الطرفين دون الآخر بحيث يكون أحدهما دائناً فقط وغير مدين والآخر مديناً غير دائن، كما في الهبة، فهي تلزم الواهب بتسليم الموهوب إلى الموهوب له في حين أن الموهوب له لا يلتزم بشيء.

٢. الالتزام التعددي أو التبادلي: وهو الذي ينشيء سببه حقوقاً والتزامات متقابلة، كعقد البيع الذي ينشيء التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن.

ثمرة التقسيم:

تبرز أهمية هذا التقسيم في مجالات كثيرة منها:

١. ضرورة وجود السبب في الالتزام الانفرادي بالنسبة لأحد الطرفين (المدين) دون الآخر (الدائن)، بخلاف الالتزام التعددي فيجب توفر السبب بالنسبة للكل.

٢. إمكان فسخ سبب الالتزام في الالتزام التعددي إذا امتنع أحد الطرفين (المدين) عن تنفيذ التزامه بناءً على اتفاق ضمني إذا كان الطرف الآخر منفذاً التزامه أو كان مستعداً للتنفيذ، بخلاف الالتزام الانفرادي حيث لا مجال لهذه النتيجة.

٣. جواز الامتناع والدفع بعدم التنفيذ في الالتزام التعددي إذا أخل أحد أطرافه بالتزامه، بخلاف الالتزام الانفرادي.

ثانياً- الالتزام فوري التنفيذ والالتزام مستمر التنفيذ:

١. الالتزام فوري التنفيذ: هو الذي لا يكون للزمن دخلٌ في تعيين موضوعه ولو كان له دخل في تعيين أجل تنفيذه كعقد البيع.

٢. الالتزام مستمر التنفيذ: هو الذي يدخل الزمن في تعين موضوعه (محل السبب) فيكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه لا عنصراً عرضياً كعقد الإيجار.

ثمرة التقسيم:

تبرز أهمية هذا التقسيم في النقاط الآتية:-

١. في الالتزام فوري التنفيذ يترتب على فسخ سببه إعادة الحالة إلى ما كان عليه قبل إنشاء لسببه، بخلاف الالتزام المستمر التنفيذ فليس لفسخ سببه أي أثر بالنسبة للماضي، وإنما هو بالنسبة للمستقبل اعتباراً من تاريخ الفسخ، وعلى سبيل المثل إذا فسخ عقد البيع لما يبرره يجب على كل من طرفيه رد ما استلمه من الآخر عيناً أو بدلاً، بخلاف فسخ عقد الإجارة، فإن المستأجر لا يلزم بإعادة المنفعة التي انتفع بها قبل الفسخ، لاستحالة ذلك في الناحية العملية، وإنما يترتب الأثر بالنسبة للمستقبل فقط.

٢. مجال تنفيذ نظرية الظروف الطارئة ينحصر في العقد المستمر التنفيذ دون فوري التنفيذ، وعلى سبيل المثل إذا حالت قوة قاهرة دون تنفيذ عقد المقاولة أصبح مرهقاً بالنسبة للمدين (المقاول)، فيجب في هذه الحالة إعادة النظر في الالتزام إما لرفع نسبة التزام الدائن أو خفض التزام المدين بما يرفع الإرهاق على كاهل المدين، في حين ليس للظرف الطاريء أي أثر على تنفيذ الالتزام في العقد فوري التنفيذ ولو كان التنفيذ مؤجلاً.

٣. من حيث وجوب الإعذار الأصل وجوبه في التزام يكون سببه مستمر التنفيذ إلا ما استثني بالقانون أو الاتفاق، بخلاف التزام يكون سببه يقتضي فورية التنفيذ، وفلسفة ذلك هي أن المفروض فيه هو أن كل تأخير ضار لأنه يفوت عليه وقتاً لا يمكن استدراكه. وبناءً على ذلك يكون المدين معذوراً بمقتضى طبيعة سببه.

ثالثاً- الالتزام التحديدي والالتزام الاحتمالي:

١. **الالتزام التحديدي:** هو الذي باستطاعة كل من طرفيه أن يحدد وقت انعقاد سببه المقدار الذي أخذه والذي يعطيه للطرف الآخر ولو كان القدران غير متعادلين كعقد الإيجار بخلاف الالتزام الاحتمالي.

٢. **الالتزام الاحتمالي:** وهو الذي يتوقف فيه مقدار موضوع التزامات أحد الطرفين على حادث غير محقق من شأنه أن يزيده أو ينقصه كما في عقد التأمين على الحياة، ففي هذا العقد لا يستطيع الطرفان أن يتبينا وقت إنشائه مدى الأقساط التي ستستحق في ذمة المؤمن له ولا مدى التزامات المؤمن وقت حلولها، إذ قد تطول حياة المؤمن له فيزيد عدد أقساط التأمين وبالتالي تزيد كمية المبالغ التي يدفعها، وقد يموت مبكراً فلا يدفع إلا أقساطاً قليلة.

ثمرة التقسيم:

تبدو هذه الثمرة في عدم مجال الطعن بالغبن من أحد العاقدين، لأن مقتضى طبيعة العقد هو غبن في حد ذاته لأنه من عقد الغرر، أي عقد مجهول العاقبة من حيث الربح والخسارة[١].

رابعاً- الالتزام التضامني والالتزام الانفرادي (غير التضامني)[٢]:

١. **الالتزام التضامني:** التضامن سواء كان بين الدائنين أم المدينين يعتبر أحد طرق الضمان للدين وأقوى من الكفالة، لأن الدائن في الكفالة إذا لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين لا يحق له الرجوع على الكفيل إلا بعد اليأس من استيفاء دينه من الأصيل، بخلاف التضامني، فالدائن له أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين ويطالب بكل الدين، كما أن وفاء المدين لأي دائن متضامن بكل الدين مبرء لذمته بالنسبة للكل[٣]، والتضامن وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو

---

[١] يُنظر أستاذنا الدكتور سليمان مرقس، أصول الالتزامات، ص٤١ وما يليها.

[٢] المدني العراقي (م/٣٠٢ وما يليها)، والمصري (م/٢٧٩ وما يليها)، والسوري (م/٢٧٩ وما يليها)، والليبي (م/٢٦٦ وما يليها)، واللبناني (م/١١ وما يليها).

[٣] الوسيط ٣/١٩٩ وما يليها.

الالتزام في حالة تعدد المدينين[١].

الالتزام التضامني قد يكون بين الدائنين وقد يكون بين المدينين:

أ- التضامن بين الدائنين قد يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون وهذا التضامن نادر الوقوع في العمل، لذا نقتصر على التضامن بين المدينين. ومن أهم أسبابه ما يلي:

١. تعدد الفضوليين في الفضالة: إذا تعدد الفضوليون قام التضامن بينهم في المسؤولية عن العمل الذي يقومون به. وهذه الحالة لا تتحقق إلا عند التعدد في عمل واحد، فإذا كان كل فضولي قد تولى عملاً مستقلاً عن عمل آخر فلا يقوم التضامن بينهم[٢].

٢. التضامن بين المسؤولين عن فعل ضار: فيلتزمون بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي ما لم يعين القاضي نصيب كل منهم في التعويض[٣].

٣. التضامن في المسؤولية بين المهندس المعماري والمقاول عما يحدث خلال مدة يحددها القانون أو الاتفاق من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو منشآت أخرى[٤].

٤. التضامن بين الشركات التضامنية[٥].

٥. التضامن بين صاحب الكمبيالة ومن يقبلها ويظهرها[٦].

٦. التضامن في الغرامة التي يحكم بها على المتهم في جريمة واحدة[٧].

٢- **الالتزام غير التضامني:** وهو الأصل في الالتزامات الانفرادية والتعددية وهو الذي لا يكون أحد الملتزمين متضامناً بالنسبة لغيره.

---

[١] الأستاذ أنور سلطان، المرجع السابق، ص٢٥٩ وما يليها.

[٢] الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص٦٣٢.

[٣] المدني المصري (م/١٦٩).

[٤] المدني المصري (م/٦٥١).

[٥] القانون التجاري المصري القائم (م/٢٢).

[٦] القانون التجاري المصري القائم (م/١٣٧).

[٧] قانون العقوبات المصري القائم م/٤٤٤).

ثمرة التقسيم:

بين الالتزام التضامني وغير التضامني يتفرع على كون الأداء الذي يلتزم به كل واحد من المدينين المتضامنين نتائج أهمها ما يلي:

١. وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين كله يبرئ ذمة الباقين وله حق الرجوع عليه لما وفى به كل حسب حصته.

٢. يجوز للدائن أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين بالدين كله مجتمعين أو منفردين مع مراعاة الظروف الخاصة بكل منهم. وإذا توفي أحد المدينين يظل التضامن قائماً بين تركته وسائر المدينين المتضامنين.

٣. يحق لكل واحد من المدينين المتضامنين أن يتمسك بأوجه الدفوع المتعلقة بالدين ذاته، كالدفع ببطلان سبب الالتزام أو بالدفع بعدم تنفيذ أو بهلاك العين (موضوع الالتزام) أو الدفع بالتقادم. لكن لا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين[١].

٤. يجوز لأي من المدينين أن يتفق مع الدائن على تجديد الدين ويترتب على ذلك انقضاء الدين التضامني من قبل سائر المدينين[٢].

خامساً- الالتزام القابل للانقسام وغير القابل:

١. الالتزام غير القابل للانقسام وجدير بالذكر أنه لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام ما لم يتعدد المدينون أو الدائنون إما ابتداءً عند إنشاء الرابطة القانونية وإما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفاً من طرفي الالتزام.

أما إذا لم يتعدد الدائن ولا المدين فيتعين الوفاء بالالتزام كاملاً دون تبعيض سواءً كان موضوعه قابلاً للانقسام أم غير قابل له، وللدائن أن يرفض الوفاء الجزئي حينئذٍ[٣]. ويكون الالتزام غير قابل للانقسام في الحالات الآتية:

أ- إذا ورد الالتزام على موضوع لا يقبل بطبيعته أن ينقسم كالفرس مثلاً.

---

[١] القانون المدني المصري (م/٢٨٥).

[٢] مجموعة الأعمال التحضيرية في المدني المصري، ج٣/ ص٦٤.

[٣] مجموعة الأعمال التحضيرية، المدني المصري، ج٣، ص١٠٤.

ب- إذا تبين من الغرض الذي استهدفه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً كحق من حقوق الارتفاق لا يقبل الانقسام بسبب الغرض المقصود منه.
ج- إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك بأن يكون الموضوع يدل على شرط ضمني لنفي تجزئة الوفاء.

٢. الالتزام القابل للانقسام: ويكون هذا النوع هو الغالب في تنفيذ الالتزامات المالية.

ثمرة التقسيم:

١. إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملةً.
٢. للمدين الذي وفى بالدين كله حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك[1].

سادساً- من حيث الإمكان والاستحالة ينقسم تنفيذ الالتزام إلى الممكن والمستحيل:

١. التنفيذ الممكن هو الذي لا يحول دون تحقيقه عائق غير خاضع لإرادة الإنسان، ومن هذا القبيل أكثر التنفيذات في المعاملات المالية.
٢. التنفيذ المستحيل هو الذي يستحيل عادة على المدين وغيره تنفيذ التزامه بقوة قاهرة أو نحوها بحيث ينفسخ تلقائياً بحكم القانون سبب الالتزام وبالتالي الالتزام نفسه كهلاك المبيع قبل القبض بدون تقصير من المدين أو شخص أجنبي.

ثمرة التقسيم:

تبرز ثمرة هذا التقسيم في أن التنفيذ إذا كان أمراً ممكناً للمدين فامتنع عنه بدون مبرر قانوني، فإن امتناعه يُعَد إخلالاً بالتزامه، فإذا كان إخلالاً في التزام التعاقد تتخذ إجراءات المسؤولية العقدية ضده، وإذا كان إخلالاً بالتزام عام تتخذ في حقه إجراءات المسؤولية التقصيرية، كما تكون هذه الإجراءات عقدية وتقصيرية إذا كان امتناعه عن التنفيذ إخلالاً

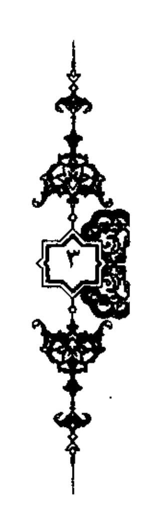
---

[1] القانون المدني المصري (م/٣٠١).

في كلا الالتزامين (الالتزام الخاص والالتزام العام) حسبما بينته القوانين المدنيـة، وبالتـالي يكون مسؤولاً عن جميع التبعات المترتبة على الإخلال بالتزامه.

أما في حالة استحالة التنفيذ فإن سبب الالتزام ينفسخ تلقائياً ثم يزول الالتـزام المترتـب عليه، والنتيجة المهمة المترتبة على هذا الانفساخ هي عبارة عن تحديد الجهـة الـتي تتحمـل تبعات ذلك. وقد بينا سابقاً مفصلاً بأن كل مـن المـدين والـدائن يـتحملان هـذه النتـائج بالمناصفة، لأن العدالة تقتضي ذلك، وقد بينا مفصلاً في موضعه ذلك فرجحنا القول بهـذه المناصفة فلا داعي للتكرار هنا.





الفصل الثالث

الملتزِم (المدين)

الملتزم هو العنصر الثاني من العناصر الستة للالتزام سواء أكان شخصاً حقيقياً (طبيعياً) وهو الإنسان أم حكمياً (معنوياً) كالدولة والمؤسسات الاقتصادية كالشركات والمؤسسات الإنسانية كالمستشفيات أو الدينية كالمساجد.



الالتزام المدني نوعان (خاص وعام).

أ- الالتزام المدني الخاص:

هو تحمل أداء واجب موضوعه حق خاص يحميه القانون بصورة مباشرة كما في الالتزام التعاقدي، فالإخلال به تترتب عليه مسؤولية تعاقدية كالتزام البائع في عقد البيع بتسليم المبيع إلى المشتري والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع، وكالتزام الواهب في الإرادة المنفردة بتسليم الموهوب للموهوب له.

ب- الالتزام المدني العام:

هو الذي يكون موضوعه حقاً خاصاً لشخص ما يحميه القانون بصورة غير مباشرة (أي بقاعدة قانونية عامة)، والإخلال به تترتب عليه المسؤولية التقصيرية بحكم القانون كالتزام كل إنسان بعدم إلحاق الضرر بالغير بدون مبرر شرعي.

وسبب هذا الالتزام هو كون الملتزم عضواً في المجتمع فيفترض منه أن يكون صالحاً غير مضر بمن يحتّك به في الحياة العملية.

أهلية الملتزم:

تختلف هذه الأهلية باختلاف المراحل التي يمر بها الإنسان. والإنسان من حيث التكوين يمر قبل الولادة بسبع مراحل ومن حيث الأهلية يمر بعد الولادة بثلاث مراحل.

أولاً: مراحل ما قبل الولادة:

بين لنا القرآن الكريم مراحل التكوين قبل الولادة في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقاً آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾[1] الآيات.

---

(١) سورة المؤمنون/ ١٢-١٤.

وبمقتضى هذه الآية الكريمة التي أثبت العلم الحديث صحة مضمونها والمراحل التي تضمنها تكون تلك المراحل قبل الولادة هي السبع الآتية:-

١- سلالة من طين: أي خلاصة منه بصورة غير مباشرة، لأنه يتكون من حيمن الذكر وبُييضة الانثى المتكونين من خلاصة الدم المتكون من خلاصة المواد الغذائية (المأكولات والمشروبات) المتكونة من مزيج الماء والتراب الذي يسمى سلالة الطين.
٢- الاستقرار في قرار مكين وهو رحم الأم بعد اللقاح بين العنصرين الحيمن والبُييضة.
٣- تحول النطفة المُلَقَحة إلى العلقة (الدم الجامد).
٤- تحول الدم الجامد إلى مضغة (قطعة لحم بقدر ما يمضغ).
٥- تحول المضغة إلى العظام.
٦- ستر العظام باللحم ككسوة لها.
٧- التحول من حالة الجماد إلى الحياة.

وفي جميع هذه المراحل لما قبل الولادة يسمى جنيناً لخفائه.

وجدير بالذكر أن كل ما يتكون من (ج ن) يطلق على ما هو خفي ومستور كالجن والجنان والجنين والجنة ونحو ذلك.

ثانياً: مراحل ما بعد الولادة:

١- مرحلة عدم التميز (عدم الأهلية)،
٢- مرحلة نقص الأهلية.
٣- مرحلة كمال الأهلية.

ونتناول أحكام هذه المراحل بالتفصيل في ثلاث نقاط رئيسة، وهي:-

١- أهلية الالتزامات المدنية وعوارضها.
٢- أهلية الالتزامات الجنائية وموانعها.
٣- المقارنة بين الالتزام المدني والالتزام الجنائي.

المبحث الأول
أهلية الملتزم وعوارضها

ويخصص لكل منهما مطلب مستقل.

المطلب الأول
أهلية الملتزم

أولاً: الملتزم قبل ولادته له أهلية الوجوب الناقصة (شخصية قانونية ناقصة)، فله أهلية كسب حقوق مالية لا تحتاج إلى القبول كالوصية والوقف وحصته من الميراث، فإذا كانت هذه الحصة تختلف بالذكورة والأنوثة يحتفظ له الأكثر احتياطاً، وكذلك يصح التأمين على حياته من وليه أو غيره الذي يسمى (الاشتراط لمصلحة الغير).

كذلك تثبت له حقوق غير مالية كالحفاظ على حياته وعدم الاعتداء عليها بالإسقاط (الإجهاض)، فلا يجوز إسقاط الجنين إلا في حالة خطره على حياة أمه، فإذا ثبتت هذه الخطورة من قبل لجنة طبية مختصة فيجب إسقاطه بناءً على قاعدة (إذا تعارض مصلحة محققة مع مصلحة احتمالية تقدم الأولى على الثانية)، فمصلحة حياة الأم محققة شرعاً وقانوناً بخلاف مصلحة الجنين فإنها احتمالية لاحتمال أن يولد ميتاً.

والجنين قبل الولادة له أهلية قانونية لكسب الحقوق المذكورة وهو أهل لأن يكون ملتزماً له ولكن ليس أهلاً لأن يكون ملتزماً.

ومن الضروري تعيين ولي أو وصي له لحماية تلك الحقوق خلافاً لما استقر عليه الفقه والقانون من عدم ضرورة ذلك قبل الولادة.

وإذا ولد الجنين حياً تستقر له تلك الحقوق ولو مات بعد ذلك تنتقل إلى ورثته. أما إذا ولد ميتاً فتعتبر تلك الحقوق كأن لم تكن موجودة أصلاً.

ثانياً: أهلية الوجوب الكاملة للملتزم، فالإنسـان بعـد ولادته تثبـت لـه أهليـة الوجـوب الكاملة أي صلاحيته لأن تكون له حقوق وعليـه بعـض الالتزامـات، وصـلاحيته لكسب الحقوق واضحة، وللولي أو الوصي أن ينوب عنه نيابةَ قانونيـة أو قضـائية يمارس الأعمال والتصرفات المتعلقة بحقوقه المالية من حيث استثمارها.

أما التزاماته واعتباره ملتزماً فنطاقها ضـيق، فهـو يكـون ملتزمـاً في حـالات محددة ومنها:-

أ- عليه نفقة من تجب عليه نفقته لو كان ذا أهلية كاملة إذا كان له مال، وعلى سـبيل المثل لو مات أحد أبويه فاكتسب مالاً عن طريق الميراث تجب عليه نفقـة الآخـر ممـن كان على قيد الحياة إذا كان محتاجاً.

ب- الولي الذي يستثمر ماله يتحمل الالتزامات الناشئة مـن هـذا الاسـتثمار ويقـوم نيابة عنه بالوفاء بها.

ج- تجب في ماله الزكاة إذا توافرت فيه شرطان:- أحدهما توفر شروط الزكـاة في مالـه. والثاني استثمار وتنمية ذلك المال عن طريق نائبه، لأنه إذا لم يستثمر ولم يحـدث فيـه النماء تقضي عليه الزكاة تدريجياً، وهذا يضر به والضرر بدون مبرر شرعي مرفـوض شرعاً وقانوناً.

والإنسان منذ ولادته إلى إكمال السابعة من عمره في القضايا المدنية، وإكمال التاسعة في القضايا الجنائية يعتبر عديم الأهلية ويسمى (الصغير غير المميز)، وحكمـه حكـم المجنـون، فجميع تصرفاته باطلة سواء كانت معاوضات أو تبرعات، وسواء أجازها الولي أو لم يجزها.

وكذلك لا تقام عليه الدعوى الجزائية إذا ارتكب جريمة قبل إكمال التاسـعة مـن عمـره، ولكن إذا اتلف مال الغير يجب الضمان في ماله ويكون ملتزماً بدفع التعويض عـن الضـرر الذي احدثه على أساس المسؤولـية التقصيرية لتوافر عناصرها (العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية)، وهذا ما أقره الفقه الإسـلامي والقـوانين المتـأثرة بـه كالقـانون المـدني الأردني (م/٢٥٦)، والعراقي النافذ(م/١٩١). وقد نصت هذه المادة على أنه:

((١- إذا اتلف صغير مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضـمان في مـاله.

٢- وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كـان صـبياً غير مميز أو مجنوناً جاز للمحكمة أن يلزم الولي أو القيم أو الوصـي بمبلـغ التعـويض

على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر)).

وقد ظن شراح القانون المدني العراقيون أن هناك تعارضاً بين هذه المادة والمادة (١٨٦) التي نصها:

((إذا اتلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في أحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى)).

وهذا الظن مبني على أساس أن عديم الأهلية ليس له الإدراك الكامل وبالتالي لا ينسب إليه الخطأ الذي هو عنصر رئيس في المسؤولية التقصيرية، لأن من لا إدراك له لا خطأ له وبالتالي لا يوصف بأنه قد تعدى أو تعمد.

وهذا الظن خاطئ لسببين:-

أحدهما الخطأ في تفسير (تعدى)، حيث ظنوا أن التعدي هو خطأ بإخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه. والخطأ بهذا المعنى يتوقف على عنصرين: مادي ومعنوي.

أ- العنصر المادي: هو الإخلال بواجب قانوني.

ب- العنصر المعنوي: وهو إدراك المخل بأنه قد أخل بواجب قانوني.

ومن الواضح أن عديم الأهلية لا يتوفر فيه العنصر المعنوي.

والسبب الثاني: تأثر هؤلاء بالفقه الغربي الذي يشترط لتحقق الخطأ توفر العنصرين المذكورين، وبذلك خلطوا بين الخطأ في الفقه الإسلامي الذي لا يشترط توفر العنصر المعنوي للخطأ، وبين الخطأ في الفقه الغربي.

ومن الواضح أن القانون المدني العراقي متأثر بالفقه الإسلامي كما ذكرنا.

وبناءً على هذا التأثر تكون عناصر المسؤولية التقصيرية (العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية) متوفرة في نظر الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به ويكون المراد بلفظ (تعدي) القيام بعمل غير مشروع مطلقاً سواء كان فاعل هذا العمل مدركاً أو لا.

وجدير بالذكر أن أهلية الوجوب الكاملة لا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية، فالإنسان من ولادته إلى وفاته إذا أصيب بعارض من عوارض الأهلية التي يأتي بيانها في محلها ليس لها أي تأثير على الحقوق المالية وغير المالية لمن أصيب بهذا العارض.

وعلى سبيل المثل إذا جن شخص في أية مرحلة من مراحل حياته تبقى زوجته زوجةً له، وجميع أمواله تبقى ملكيتها، وكذلك تبقى التزاماته المدنية قائمة غير أنه ينصّب له في هذه

الحالة ولي أو وصيّ أو قيّم لحماية حقوقه والوفاء بالتزاماته واستثمار أمواله التي هي من عناصر الإنتاج كالنقود والعقارات.

ثانياً: أهلية الأداء الناقصة:

أهلية الأداء هي أهلية ممارسة الحقوق بالتصرف فيها، وهي تنقسم إلى قسمين: أهلية الأداء الناقصة وأهلية الأداء الكاملة.

وتثبت أهلية الأداء الناقصة للإنسان في القضايا المدنية بعد إكمال السابعة من العمر إلى إكمال الثامنة عشرة[1]. وفي المسائل الجزائية تثبت أهلية الشخص الناقصة للمساءلة الجزائية بعد إكمال التاسعة من العمر والدخول في العاشرة[2].

وجدير بالذكر أن الأهلية الناقصة في المسؤولية الجزائية تختلف مدتها باختلاف القوانين[3].

أنواع تصرفات ناقص الأهلية:

تنقسم تصرفات ناقص الأهلية من حيث ترتب الآثار الشرعية والقانونية إلى ثلاثة أنواع، وهي:-

١- حكم التبرعات: جميع تبرعات ناقص الأهلية باطلة أجازها الولي أم لم يجزها على أساس أنها ضارة ضرراً محضاً، لأن المتبرع يعطي الغير بدون مقابل، وهذا باستثناء الوصية فإنها صحيحة رغم كونها من التبرعات وذلك لسببين:

أحدهما أن الموصي لا يفقد ملكية الموصى به إلا بعد وفاته وبذلك لا يعتبر تصرفه ضاراً ضرراً محضاً.

والثاني أن ناقص الأهلية مثل كامل الأهلية يحتاج إلى الثواب في الآخرة.

٢- حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر أو بين الربح والخسارة تنعقد ولكن لا تترتب عليها الآثار (الحقوق

---

[1] في التشريعات العراقية (م/١٠٦) المدني العراقي سن الرشد والأهلية الكاملة تكون بعد إكمال الثامنة عشرة من العمر والدخول في التاسعة عشرة.

[2] قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ المادة (٤٧).

[3] وعلى سبيل المثل في قانون العقوبات الليبي (م/٨٠) والجزائري (م/٤٩) الأهلية الناقصة للمسؤولية الجزائية تكون بعد إكمال الثالثة عشر والدخول في الرابعة عشر.

والالتزامات) وتكون موقوفة على إجازة من له حق الإجازة فإن أجازها فتترتب عليها الآثار اعتباراً من تاريخ إنشائها، وإن لم يجزها فتعتبر كأنها لم تكن موجودة أصلاً وذلك رعاية لمصلحة ناقص الأهلية وعدم تعرضه للضرر المالي من جانب، ومن جانب آخر احترام إرادته.

وللولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشر من العمر مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً، وإذا توفي الولي الذي أذن للصغير أو انعزل من ولايته لا يبطل إذنه[1].

وجدير بالذكر أن المشرع العراقي اعتبر في المادة (٣/أ) من قانون رعاية القاصرين[2] أن من أكمل الخامسة عشر من العمر وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية.

غير أن القضاء العراقي فسر ذلك بأنه يطبق في القضايا المالية المتعلقة بالزواج.

غير أن النص ورد مطلقاً والمطلق يحمل على إطلاقه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك ولا دليل ظاهراً. وإذا حصلت الفرقة بين الزوجين بالوفاة أو الطلاق لا يرجعان إلى نقص الأهلية لأنها حق مكتسب.

٣- كامل الأهلية: كل شخص بلغ سن الرشد بأن أكمل الثامنة عشر من العمر متمتعاً بقواه العقلية يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية كافة ويصبح أهلاً لتحمل المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية.

وجدير بالذكر أن معايير التمييز بين المرحلتين (مرحلة التحول إلى ناقص الأهلية والتحول إلى كامل الأهلية) معايير غير معقولة فلسفياً ومنطقياً فتحول الإنسان من كونه عديم التمييز قبل اليوم الأخير من السنة السابعة إلى المميز وناقص الأهلية في اليوم الأول من السنة الثامنة لا يقبله العقل السليم، فكيف يقبل العقل السليم تحول الإنسان من حالة إلى حالة أخرى مباينة في جواز وعدم جواز التصرفات وصحة وعدم صحة آثارها بين عشية وضحاها.

ومن المحسوسات التي لا تقبل النقاش أن بعض الناس يدخلون في السن الثامنة أو أكثر وهم لا يملكون التمييز بين الضرر والنفع أو الربح والخسارة، وقد يملكون هذا التمييز

---

[1] المادة (٩٨) من المدني العراقي القائم.

[2] رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

في السنة السابعة.

وقد آن الآوان أن تترك هذه المعايير التقليدية بعـد أن تطـور العـالم تكنولوجيـاً ووصـلت الاكتشافات الطبية والتقنية الحديثة إلى قمتها لكشف مـدى نضـج العقـل البشـري وقـوة إدراكه أسوة بالاكتشافات المرضية والجنائية عن طريق الأجهزة الحديثة.

وعلى سبيل المثل كان في الصين سابقاً يعتمد في كشف علاقة المتهم بالجريمة الـتي اتهـم بها على وضع بعض الحبوب في فمه لبضع دقائق ثم تخرج فإن ظهرت يابسة كان يعـد ذلـك دليلاً على أن للمتهم علاقة بالتهمة الموجهة إليه لأنه في هذه الحالة تتوقف غـدده اللعابيـة عن الإفرازات.

ثم استبدل بهذه العادة جهاز كشف الكذب عن طريق التطور العلمي.

المطلب الثاني
عوارض الأهلية

سبق أن ذكرنا أن عوارض أهلية الالتزام ليس لها أي ثأثير إيجابي أو سلبي على أهلية الوجوب فإذا جُن الإنسان في أية مرحلة من مراحل عمره لا يكون لهذا الجنون أي تأثير على حقوقه المدنية والتزاماته وإنما تأثيرها يقتصر على أهلية الأداء بنوعيها (الناقصة والكاملة) بل بعضها لا تأثير لها حتى على هذين النوعين كمرض الموت.

وعوارض أهلية الملتزم من حيث دور الإرادة في حدوثها وعدمه تنقسم إلى الارادية وتسمى المكتسبة كالإكراه والسكر، وإلى اللاإرادية وتسمى السماوية كالجنون.

كما تنقسم هذه العوارض من حيث النشأة إلى الذاتية (كالصغر)، والعرضية (كالجنون والعته) كما في الإيضاح الآتي:

أولاً: العوارض اللاإرادية المؤثرة على أهلية الأداء بنوعيها (الكاملة والناقصة):

١- **الجنون**: وهو آفة تصيب الإنسان فتحدث له خللاً في قوته العقلية المميزة بين الأشياء النافعة والضارة، والأعمال الحسنة والقبيحة كما لا يدرك عواقب ونتائج ما يصدر عنه من الإيجابيات والسلبيات وأثر هذا العَرَض أنه يزيل أهلية الأداء بنوعيها بحيث يصبح كالصبي غير المميز في كل شيء، كما أنه يزيل من باب أولى أهلية مسؤوليته الجزائية فيكون مانعاً من مسائلته جنائياً إذا كان جنونه مقترناً بوقت ارتكاب جريمته ويأتي مفصلاً أثر الجنون على الأعمال الجرمية في المبحث الثاني بإذن الله تعالى.

فتصرفات المجنون المدنية من التبرعات والمعاوضات باطلة أجازها الولي أم لم يجزها.

٢- **الصغر**: وتسمية هذا النوع عارضاً إنما هي على سبيل المجاز وإلا فهو في حقيقته ذاتي ينشأ مع نشأته وزواله مؤكد بالدخول في سن التمييز لكن قبل هذه السن يكون كالمجنون في جميع ما ذكرنا.

٣- الإغماء: وهو مرض يحدث في الدماغ ويعطل القوى المحركة والمدركة لكن لا يزيل العقل من أصله وإنما يجعله مشلولاً في حالة الإغماء.

٤- النوم: وهو فتور طبيعي يحدث للإنسان في أوقات منتظمة ولا تأثير له في ما يصدر عنه أثناء النوم.

وحكم هذين العارضين حكم الجنون والصغر من حيث الآثار الشرعية والقانونية.

٥- العته: وهي آفة لا إرادية تورث خللاً في العقل فيصبح صاحبه مختلط الكلام فبعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه مثل كلام المجانين، وبهذا الاعتبار يكون على نوعين:

أحدهما لا يبقى معه إدراك وتمييز فيكون حكمه حكم المجنون فيما ذكرنا.

والثاني لا يفقد فيه تمييزه كلياً لكن يفقد إدراك الراشدين العاديين، والمصاب بهذا النوع حكمه حكم الصبي المميز، فتبرعاته باطلة مطلقاً أجازها الولي أم لم يجزها، ولكن معاوضاته تنعقد صحيحة موقوفة على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازها تنتج آثارها بأثر رجعي، وإن لم يجزها تعد كأن لم تكن أصلاً.

وجدير بالذكر أن الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم[1].

ثانياً: العوارض التي تؤثر على أهلية الأداء الكاملة فقط دون الناقصة:

ومنها السفه:

وهو خفة في العقل يصاب بها الإنسان فتدفعه إلى العمل بما يخالف مقتضى العقل السليم والشرع والقانون رغم بقاء أصل العقد على حقيقته.

وبميزان الشرع والقانون يعد كل مبذر لأمواله ولو على سبيل الخير سفيهاً، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً﴾[2] فتحجر عليه المحكمة ويعلن الحجر بالطرق المقررة[3].

---

[1] المادة (٩٤) المدني العراقي القائم.

[2] سورة النساء/ ٥.

[3] المادة (٩٥) المدني العراقي القائم.

ثالثاً: العوارض التي لا تؤثر على الأهلية مطلقاً لكن تحدد من تصرفات الإنسان:

وأهمها ما يأتي:-

١- مرض الموت: وهو أن يكون الغالب فيه الهلاك عادة حسب تقرير اللجنة الطبية المختصة، ومن تطبيقاته في هذا العصر مرض السرطان، ومرض الأيدز، حيث لم يكتشف العلم والطب لحد الآن علاجاً لهذين المرضين بحيث يقضي على آثارهما.

ومن الواضح أن هذا المرض ليس له أي تأثير عادة على عقل المريض وإدراكه لكن يقيد تصرفاته، فكل تصرف يصدر عنه ويحتاج إليه المريض كالإنفاق على نفسه وعلى من تجب عليه نفقته ولا يمس حقوق الدائنين والورثة يعد صحيحاً نافذاً منتجاً لآثاره الشرعية والقانونية بدون أن يتوقف على إجازة أحد من الورثة أو الدائنين، وما عدا ذلك من التصرفات يكون موقوفاً على إجازة صاحب الحق من الدائنين أو الورثة.

٢- دين مستغرق لأموال المدين: فتصرفات المدين بعد الحجر عليه من قبل القضاء تكون موقوفة على إجازة من يتضرر من هذا التصرف من الدائن أو الوارث أو نحوهما، ويباع مال المدين المحجور عليه جبراً لوفاء دينه عدا مستلزمات حياته الضرورية إذا لم يقم بهذا الوفاء باختياره.

المبحث الثاني
الالتزامات الجنائية وموانعها

وتوزع دراسة هذا الموضوع على مطلبين يخصص الأول للتعريف بالالتزام الجنائي والثـاني لموانع مسؤولية الإخلال به.

المطلب الأول
الالتزام الجنائي وشروطه

الالتزام الجنائي: هو تحمل تبعات الإخلال بواجب قـانوني حـدده القـانون الجزائـي علـى أساس مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

وقد أطلق علماء القانون على هذا الإخلال مصطلح (الخطأ الجنائي) ويشترط فيـه تـوافر عنصرين (مادي ومعنوي).

العنصر المادي: هو الإخلال بواجب قانوني حدده قانون العقوبات.

والعنصر المعنوي: هو إدراك المخل بأنه قد أخل بواجب قانوني جزائي.

شروط الالتزام الجزائي:

أولاً: من أهمها أن يكون إنساناً مميزاً عاقلاً مختاراً.

أن يكون المخل إنساناً فلا يسأل جنائياً غير الإنسان من الكائنـات الحيـة والجمـادات خلافاً لما كانت عليه التشريعات القديمة من مساءلة الجمـاد والحيـوان ومحاكمتـه ثـم معاقبتـه.

ومن هذه التشريعات شريعة العبرانيين وقد ورد في (سفر الخروج) (إذا نطح ثور رجـلاً أو إمرأة فمات النطيح بسبب النطح يرجم الثور ويحرم أكل لحمه).

ومنها شريعة قدماء اليونان التي أقرت تلك المسؤولية للحيوان والجمـاد بحيـث إذا قتـل حيوان إنساناً كان لأسرة القتيل أن ترفع الدعوى على الحيوان أمام القضاء ويختـار قاضـيه

من المزارعين فإذا أثبت الجريمة كان على القاضي أن يحكم على الحيوان بالقتل وبإلقاء جثته خارج حدود البلد.

وأخذت بنفس الاتجاه شريعة قدماء الرومان ولم تقتصر هذه المسؤولية الجزائية في تلك الشرائع على الحيوان فحسب بل شملت الجماد أيضاً، وعلى سبيل المثل إذا سقط جماد على إنسان فقتله أياً كان سبب السقوط فيختار أقرباء القتيل أو أحد من جيرانه قاضياً ليحكم على الجماد بالقذف خارج الحدود لكن يستثنى من ذلك الإجرام النيازك السماوية التي تقع على الإنسان فتقتله فلا مسؤولية عليها لعل ذلك كان لتقديسها[(١)].

المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي:

أهلية الشخص المعنوي للالتزام الجنائي محل خلاف بين مؤيد ومعارض:-

أ- أدلة أنصار عدم أهلية الشخص المعنوي للالتزام الجنائي:-

١- إن الإرادة شرط لا يستغنى عنه لقيام الالتزام الجنائي بإخلال واجب قانوني حدده قانون العقوبات بارتكاب فعل أو ترك جرمه القانون. والشخص المعنوي مجرد خيال لا حقيقة له في الواقع لأنه لا يتمتع بالإدراك والإرادة الحرة التي هي مناط المسؤولية الجزائية.

٢- وجود الشخص المعنوي افترضه القانون للهدف الذي شرع له فارتكاب الجرائم خارج عن نطاق هذا الهدف وكيانه القانوني.

٣- الشخص المعنوي لا يمكن أن تطبق عليه العقوبات المقررة للإخلال بالواجب القانوني كالإعدام والعقوبات السالبة للحرية من السجن أو الحبس.

٤- القول بالالتزام الجنائي للشخص المعنوي وبالتالي استحقاقه للعقوبات الجسدية يتنافى مع مبدأ شخصية العقوبة لأنها إذا طبقت إنما تطبق على الأشخاص الطبيعيين الذين لا ذنب لهم.

ب- أدلة أنصار أهلية الشخص المعنوي للالتزام الجنائي:-

١- الشخص المعنوي ليس مجرد خيال بل أصبح في هذا العصر من الحقائق القانونية التي تفرضه ضروريات الحياة وتطوراتها، فهو إذا لم يكن كائناً في العالم المادي

---

(١) يُنظر موانع المسؤولية الجزائية للدكتور عبدالسلام التونجي، ص١٢-١٨.

فإنه كائن قائم موجود في العالم المعنوي القانوني فله الحقوق وعليـه الالتزامـات كما له إرادة مستقلة عن إرادة الأفـراد الـذين يمثلونـه، فإرادتـه هـي جمـاع آراء أعضائه أو المساهمين فيه.

٢- القول بأن الجريمة تخرج عن الغاية التي خصص لها الشخص المعنوي سفسـطة، لأن تخصيص الشخص المعنوي لأمر معين لا يتنافى مع إمكان إسناد الجريمة إليه ثـم إن صح ذلك فإن الشخص الطبيعي (الإنسان) ليست الغاية من وجـوده ارتكـاب الجرائم، والجريمة بالنسبة إليه خروج عما يجب أن تسير عليه حياته.

٣- والقول بأن العقوبات التي تطبق على الشخص الطبيعي لا يمكن أن تطبق علـى الشخص المعنوي قول غير سليم، لأن أقسى العقوبات عبارة عن عقوبـة الإعـدام وحل الشخص المعنوي إنما هو إعدام بالنسبة إليه. وكـذلك تعطيلـه وغلقـه لمـدة محددة سجن أو حبس بالنسبة إليه فتضييق نطاق عمله بمثابة التـدابير الاحترازيـة والرقابة على الشخص الطبيعي.

٤- القول بأن عقاب الشخص المعنوي يتجاوز أثره شخص الجاني إلى الأبرياء، يعارض بأن نفس الأثر يسري على الشـخص الطبيعـي، فـإذا كـان ذلـك منافيـاً لمبـدأ شخصية الجريمة والعقوبة فهذا أيضاً كذلك، فمن يحكم عليه بالسجن مـدة محـددة يتضرر أولاده وزوجته بل المجتمع الذي يكون المحكوم عليه فيه عنصراً مفيـداً كالطبيب والأستاذ الجامعي ونحو ذلك[1].

رأينا المتواضع:

إن الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي لا يُنظر إليـه فيمـا يصـدر عنـه مـن الأوامر والنواهي إلى المنفذين لها بصفته شخصاً طبيعياً عادياً وإنما يؤخذ بنظـر الاعتبـار منصبه ومركزه السياسي والإداري والعسكري ونحـو ذلـك، فبهـذا الاعتبـار يُسـأل جزائيـاً ويستحق العقاب وبوجه خاص بعد أن تأسست المحكمة الجنائية الدولية لمحاسبة المسـؤولين عن جرائم الإبادة البشرية.

---

[1] يُنظر د. سمير الجنذوري، المسؤولية الجزائية، ص٤٨٧ وما يليها. د. محمد مصطفى القللي، المسؤولية الجزائية، ص٨٧.

ويؤكد ذلك ما جاء في مقدمة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في ١٧ تموز/يوليو ١٩٨٩) يتضمن هذا النص لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية/ الديباجة: ((أن الدول الأطراف في هذا النظام الأساسي: إذ تدرك أن ثمة روابط مشتركة توحد جميع الشعوب وأن ثقافات الشعوب تشكل معاً تراثاً مشتركاً وإذ يقلقها أن هذا النسيج الرقيق يمكن أن يتمزق في أي وقت. وإذ تضع في اعتبارها أن ملايين الأطفال والنساء والرجال قد وقع خلال القرن الحالي ضحايا لفضائع لا يمكن تصورها هزت ضمير الإنسانية بقوة. وإذ تسلم بأن هذه الجرائم الخطيرة تهدد السلم والأمن والرفاه في العالم وإذ تؤكد أن أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره يجب أن لا تمر دون عقاب وأنه يجب ضمان مقاضاة مرتكبيها على نحو فعال من خلال تدابير تتخذ على الصعيد الوطني. وكذلك من خلال تعزيز التضامن الدولي. وقد عقدت العزم على وضع حد لإفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب وعلى الإسهاب بالتالي في منع هذه الجرائم.

وإذ تذكر بأن من واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية على أولئك المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية.

وإذا تؤكد من جديد مقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة وبخاصة أن جميع الدولة يجب أن تمتنع عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي نحو لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة. وإذ تؤكد بهذا الصدد أنه لا يوجد في هذا النظام الأساسي ما يمكن اعتباره إذناً لأية دولة طرفاً للتدخل في نزاع مسلح يقع في إطار الشؤون الداخلية لأية دولة.

وقد عقدت العزم من أجل بلوغ هذه الغايات ولصالح الأجيال الحالية والمقبلة على إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة مستقلة ذات علاقة لمنظومة الأمم المتحدة وذات اختصاص على الجرائم الأشد خطورة التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره.

وإذ تؤكد أن المحكمة الجنائية الدولية المنشئة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية.

ثانياً: أن يكون أهلاً للمساءلة الجنائية: بأن قطع مرحلة عدم الأهلية ودخل في مرحلة التمييز، وهي تختلف من حيث المدة في قوانين العقوبات لمختلف الدول. وكانت سن التمييز في الالتزامات المدنية والجنائية في التشريعات العراقية هي إكمال السنة

السابعة من العمر والدخول في الثامنة. لكن بعد تشريع قانون رعاية الأحداث عدلت المدة من إكمال السابعة إلى إكمال التاسعة.

وخلال المدة الدائرة بين السنة العاشرة والتاسعة عشرة من العمر يعامل الحدث معاملة عقابية إصلاحية، وكلما اقترب من سن الرشد تزداد شدة الإجراءات الإصلاحية في حق الجانح.

كما جاء في قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ المعدل تحت عنوان الباب الخامس التدابير المواد (٧٢-٨٦).

ثالثاً: العقل: ويعد كل من ارتكب جريمة ارتكاباً مقترناً بالجنون مسؤولاً مدنياً عن إتلافاته المالية وإضراره بالغير ويكون جزاؤه التعويض عن الضرر لكن لا يُسأل جزائياً كما ياتي في بحث الموانع.

رابعاً: أن يكون مختاراً فلا يُسأل مساءلة جزائية كاملة كل من المكره والمضطر كما يأتي تفصيل ذلك.

خامساً: أن يخل الشخص، حقيقياً كان أو حكمياً، بالتزامه بارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل جرمه القانون قبل ارتكابه.

والجريمة في الحالة الأولى إيجابية لأن ركنها المادي فعل وفي الصورة الثانية تكون سلبية لأن الامتناع موقف سلبي للجاني.

وجدير بالذكر أن نطاق الجريمة السلبية في القوانين ضيق ينحصر في الامتناع عن فعل أوجبه القانون بالنص بناءً على مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص). لكن في الشريعة الإسلامية المهتمة بالجانب الإنساني والأخلاقي تطبيقات كثيرة للجرائم السلبية يُسأل فيها الفاعل قضاءً أو ديانة، وعلى سبيل المثل الإنفاق في سبيل المصلحة العامة أو الخاصة واجب على كل متمكن مالياً، فإذا أخل بهذا الواجب يُسأل عليه ديانة لا قضاءً.

المطلب الثاني
موانع الالتزام الجنائي

مانع الالتزام الجنائي صفة ذاتية أو عرضية إذا اجتمعت مع سبب مقتضٍ تحول دون ترتب الأثر على هذا السبب بمقتضى قاعدة (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع)[1].

وسر تقديم المانع على المقتضي هو أن هناك مصلحة عامة أو خاصة تفوت إذا لم يقدم المانع، وذلك يختلف باختلاف طبيعة المسألة التي يجتمع فيها المانع والمقتضي.

لكن إذا زال هذا المانع يعمل بالمقتضي بموجب قاعدة (إذا زال المانع عاد الممنوع)[2].

وموانع الالتزام الجنائي من حيث طبيعتها تقسم إلى المانع الذاتي (الصغر) والمانع العرضي (كالجنون) ومن حيث مداه ينقسم إلى المانع القاصر (كالصغر والجنون) فشريك الجاني لا يستفيد منه، والمانع المتعدي (كالدفاع الشرعي) فيستفيد منه من يقدم العون للمعتدى عليه.

ومن حيث تأثيره إما أن يجرد الفعل الجرمي من صفته الجرمية بحيث يخرجه من كونه مشمولاً بنص التجريم كما في أسباب الإباحة، أو يحول دون المساءلة الجزائية كما في الصغر والجنون وما في حكمهما، أو يقتصر دوره على منع العقاب كما في الإيضاح الآتي:

أولاً: المانع المزيل للالتزام الجنائي بحيث يعيده إلى ما كان عليه قبل وجوده من الإباحة

وهذا المانع يعد من أسباب الإباحة التي هي عبارة عن الدفاع الشرعي وأداء الواجب واستعمال الحق. كما يلي:-

أ- الدفاع الشرعي:

وهو دفع أو رفع خطر حال على حق يحميه القانون بوسيلة مناسبة.

---

(١) المادة (٤٦) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة (٢٥) من مجلة الأحكام العدلية.

وبناءً على هذا التعريف تكون أركان الدفاع الشرعي ثلاثة، وهي: (الخطر + الحق المعرض للخطر + رد مناسب للخطر). ولكل ركن من هذه الأركان الثلاثة شروط كما في الإيضاح الآتي:-

شروط الركن الأول (الخطر):

١- أن يكون مصدر الخطر عملاً غير مشروع في حد ذاته، فالجندي في ساحة المعركة ليس له الحق في رفض تنفيذ الأمر الصادر من آمره بحجة أنه يتعرض للخطر، لأن الدفاع في هذه الحالة واجب عليه ضد المعتدي.

٢- أن يكون الخطر حالاً. ويكون حالاً في إحدى هاتين الحالتين:
أحداهما أن يكون على وشك الوقوع ولم يقع بعد.
والثانية أن يقع ولكن ما زال مستمراً بعد الوقوع.

٣- أن تكون إرادة المعتدي في اعتدائه جدية، فإذا كان هازلاً أو مازحاً أو كان هناك حائل يحول دون وقوع الخطر كنهر أو حائط أو نحو ذلك فلا يعد الخطر قائماً.

٤- أن يكون الخطر حقيقياً ولو في زعم المدافع ولا يعتد بالخطر الوهمي ما لم يكن مبنياً على أسس معقولة.

٥- عدم زوال الخطر قبل البدء بالدفاع، فإذا زال قبل ذلك فلا يبقى مبرر للدفاع الشرعي.

٦- أن لا يكون للمعتدى عليه دور في حدوث الاعتداء، فإذا قام المعتدى عليه قبل الاعتداء باستفزاز المعتدي فلا يبقى مجال للدفاع الشرعي.

٧- أن يكون الاعتداء عملاً غير مشروع فليس للتاجر الدفاع عن أمواله المستهلكة غير الصالحة للاستعمال إذا قامت سلطة مسؤولة بإتلافها، وكذلك لا يحق للصيدلاني أن يدافع عن الأدوية الفاسدة إذا قامت الجهة المسؤولة بإتلافها.

شروط الركن الثاني (الحق المعرض للخطر):

يُشترط في هذا الركن أن يكون الحق المعتدى عليه من الحقوق التي يحميها القانون، فمن حكم عليه بعقوبة ليس له حق الدفاع ضد تنفيذها لأن هذه العقوبة كالسجن والحبس ليس الامتناع عن تنفيذها حقاً محمياً في القانون، لأنه يخضع لما يبيحه الشرع والقانون.

شروط الركن الثالث (رد مناسب للخطر):

١- يجب أن تكون القوة المستعملة في الدفاع الشرعي مناسبة مع الاعتداء كماً وكيفاً.

٢- أن لا تكون هناك وسيلة أخرى لدفع الخطر.

ب- أداء الواجب:

تمارس السلطات العامة مجموعة من صلاحيات يحددها الدستور أو القانون. وفي مباشرة بعض منها مس بحقوق ومصالح الأفراد بصورة مباشرة كما في استعمال صلاحيات السلطتين القضائية والتنفيذية، أو بصورة غير مباشرة كما في صلاحيات السلطة التشريعية وبوجه خاص في التشريعات الجزائية.

فإذا قام منتسبو إحدى هذه السلطات بعمل يجرمه القانون بالنسبة لغير حالات أداء الواجب لا يترتب عليه أي التزام جنائي لتجريد الفعل من صفته الجرمية تحت ذريعة أداء الواجب.

ج- استعمال الحق:

استعمال الحق الشخصي الذي منحه إياه الشرع والقانون كتأديب الأولاد في حدود المطلوب وكالقيام بالأعمال الرياضية التي توافرت شروطها وقيام الطبيب المختص بأعماله الطبية بدون تقصير إذا أدى استعمال أي من تلك الحقوق إلى نشأة عمل يجرمه القانون لغير هؤلاء المؤدين لاستعمال الحق، فلا يترتب عليه أي التزام جنائي إذا توافرت شروط كل استعمال مبين في محله بالتفصيل، وذلك لأن موضوع الالتزام يصبح عملاً مجرداً من صفته الجرمية بسبب من تلك الأسباب.

المبحث الثالث

المقارنة بين الالتزام المدني والالتزام الجنائي

الالتزامان المدني والجنائي يتفقان في أنهما نوعان مندرجان تحت جنس واحد وهو مطلق الالتزام، إلا أنهما يختلفان من حيث الماهية والميزات والصفات الجوهرية التي أهمها ما يلي:-

أولاً: من حيث الماهية:

ماهية الالتزام المدني تحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي، بينما ماهية الالتزام الجنائي تحمل جزاء الإخلال بواجب قانوني يحدده قانون جزائي كقانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية (أصول الإجراءات الجزائية).

ثانياً: من حيث الموضوع:

موضوع الالتزام المدني حق عيني مالي أو حق شخصي على الملتزم أن يؤدي هذا الحق باختياره وإلا فيجبر عليه ما لم يكن هناك مانع قانوني كالتقادم المسقط. وعلى سبيل المثل إذا باع بكر سيارته لزيد فموضوع التزامه السيارة فيلتزم بتسليمها للمشتري ما لم يكن هناك مانع، وموضوع التزام المشتري ثمن السيارة فعليه دفعه للبائع حسب ما اتفق عليه الطرفان.

في حين أن موضوع الالتزام الجنائي عقوبة سالبة للحرية أو غرامة مالية يلتزم الجاني بخضوعه لتنفيذ هذه العقوبة ومحل التزامه هو التنفيذ.

ثالثاً: من حيث المحل:

محل الالتزام المدني هو الأداء بمفهومه العام الشامل للفعل كتسليم السيارة إلى المشتري وتسليم الثمن للبائع. وكالامتناع عن فعل يجب عليه الامتناع عنه كالتزام البائع بعدم التعرض للمشتري أي ما يسمى ضمان التعرض والتزام المشتري بعدم منافسة البائع، فإذا اشترط خالد الذي باع متجره المجاور لمتجره الآخر واشترط على المشتري بأن لا يبيع ما يبيعه هو من نوع البضاعة أو السلعة فعلى هذا المشتري أن يفي بما اشترط عليه وأن يمتنع

عن منافسة البائع غير المشروعة بخلاف محل الالتزام الجنائي فإنه دائماً يكون خضوعاً واستسلاماً لتنفيذ العقوبة المحكوم بها إلى انتهاء مدة هذا الحكم.

رابعاً: من حيث السبب:

سبب الالتزام المدني غالباً يكون قولاً أو فعلاً مشروعاً كالبيع في العقود الملزمة للجانبين، والإرادة المنفردة من جانب واحد كالوقف والهبة، ففي العقد الملزم للجانبين كل من الطرفين مدين ودائن (ملتزم وملتزم له) وفي وقت واحد وعلى سبيل المثل البائع ملتزم بتسليم المبيع وملتزم له بالنسبة للثمن، كما أن المشتري ملتزم بتسليم الثمن وملتزم له بتسلم المبيع.

أما في الإرادة المنفردة فإن أحدهما مدين فقط والآخر دائن، كما في الهبة، فبمجرد انعقاد الهبة صحيحة يلتزم الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له، وليس بدائن له، والموهوب له ملتزم له دائماً وليس بملتزم (مدين).

وما شاع بين شُراح القانون من أن هبة المنقول لا تنعقد إلا بعد القبض، لأنها من العقود العينية التي من عناصرها القبض، خطأ شائع.

وتفسير (لا تتم) في المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي القائم التي نصها ((لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض)) بـ (لا تنعقد) خطأ شائع، لأن المراد بـ (لا تتم) هو عدم تمام الآثار لا عدم تكامل العناصر، حيث يترتب على مجرد العقد نصف الآثار (الالتزام) دون النصف الآخر (الحقوق) إلا بالقبض، فليس للموهوب له أن يتصرف في الموهوب إلا بعد القبض. ولفظة (لا تتم) تتجه إلى الآثار لا العناصر، فالقبض ليس ركناً ولا شرطاً في انعقاد الهبة وسائر العقود العينية (الرهن والقرض والإعارة والوديعة).

كما قد يكون سبب الالتزام المدني عملاً غير مشروع كإتلاف مال الغير بدون مبرر شرعي فيلتزم المتلف بدفع تعويض لمالك المال يعادل حجم الضرر.

لكن سبب الالتزام الجنائي دائماً يكون عملاً غير مشروع كالقتل والسرقة وخيانة الأمانة واختلاس الأموال العامة ونحو ذلك.

خامساً: من حيث الأساس:

أساس الالتزام المدني دفع الضرر قبل وقوعه كالامتناع عن المنافسة غير المشروعة أو رفعه بعد وقوع الضرر بتعويض عادل كما في الأضرار الناتجة عن الإتلاف غير المشروع أو تأخير التنفيذ بدون سبب أو التنفيذ الناقص أو المعيب أو نحو ذلك.

في حين أن الالتزام الجنائي أساسه دفع الخطر بالوسائل الوقائية أو رفعه كما في الدفاع الشرعي عن خطر وقع ولكن ما يزال مستمراً كما في الجرائم المستمرة.

سادساً: من حيث الأهلية:

أهلية الالتزام المدني هي نفس أهلية الوجوب الكاملة وهي صلاحية الشخص لأن يكون له حقوق وعليه التزامات، وتثبت له هذه الأهلية مع بدء الشخصية القانونية الكاملة منذ لحظة ولادته حياً حتى ولو اقترنت هذه الولادة بمرض جنون ولادي فعليه نفقة من تجب عليه نفقته إذا كان متمكناً مالياً كنفقة أمه الفقيرة أو أبيه المسكين أو أخيه أو أخته عند الحاجة.

وتجب الزكاة في ماله إذا كان المال من الأموال التي تجب فيها الزكاة وواصلاً حد النصاب وهو أربعون دراهم فضية، وعليه الضريبة إذا كان لها مبرر ووفاء ديونه التي نتجت عن التجارة بأمواله وتعويض ما أتلفه من مال الغير عن طريق وليه أو وصيه ونحو ذلك من الالتزامات المدنية التي لها أسباب شرعية وقانونية.

بخلاف الالتزام الجنائي فعديم الأهلية أو المصاب بالجنون لا يسأل جزائياً لعدم أهليته الجنائية الذي هو من موانع المسؤولية الجنائية رغم احتفاظ فعله الجرمي بصفته الجرمية.

والحد الأدنى لهذه الأهلية قد اختلف فيه القوانين وفقهاء القانون، ففي التشريعات العراقية تثبت للشخص أهلية المسؤولية الجزائية بعد التمييز وهو إكمال التاسعة من العمر[١].

وقد سبق بيان ذلك مفصلاً في بحث موانع الالتزام الجنائي.

والسر في هذا الفرق بين الالتزامين هو أن مناط الالتزام الجنائي هو التمييز والعقل، بينما مناط الالتزام المدني هو الشخصية القانونية التي تثبت للملتزم بعد ولادته حياً.

---

[١] المادة (٤٧) من قانون رعاية الأحداث القائم.

سابعاً: الالتزام المدني للشخص المعنوي:

الالتزام المدني للشخص المعنوي أمر متفق عليه شرعاً وقانوناً، فلكل شخص معنوي حقوق وعليه التزامات كالدولة والشركة والجامعة ونحو ذلك، أما التزامه الجنائي فما زال محل رد وأخذ ولم يستقر عليه الرأي لحد الآن لا بالقبول ولا بالرفض كما سبق.

ثامناً: من حيث الملتزم له:

وهو في الالتزام المدني قد يكون فرداً وقد يكون فئة معينة من الدائنين كما قد يكون شخصاً معنوياً كالدولة.

أما في الالتزام الجنائي فالملتزم له غالباً يكون هو المجتمع، لأن الجاني يعتدي جنائياً على حق عام أو حق مشترك بين العام والخاص، والجانب العام هو الغالب.

وبالإضافة إلى ذلك فإن الملتزم له في الالتزام المدني قد يكون معدوماً وقد يكون مجهولاً، بخلاف الملتزم له في الالتزام الجنائي فيجب أن يكون موجوداً ومعلوماً دائماً، لأنه عبارة عن المجني عليه.

تاسعاً: من حيث عنصر الضرر الفعلي:

فهو غير مطلوب وجوده في الالتزام الجنائي فقد يتحقق هذا الالتزام بدون وجود أي ضرر حال كما في الشروع الذي لم يعقبه تنفيذ الجريمة فعلاً.

والشروع كما عرفته المادة (٣٠) من قانون العقوبات العراقي القائم بأنه ((هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها)).

والجناية هي الجريمة المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة[١]. والجنحة هي الجريمة المعاقب عليها بالحبس أكثر من ثلاثة أشهر وبالغرامة[٢]. وما عداها مخالفة فلا يوجد الشروع فيها قانوناً.

وكما في الاتفاق الجنائي قبل التنفيذ، وهو اتفاق شخصين أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة من جنح السرقة والاحتيال والتزوير[٣].

---

[١] المادة (٢٥) من قانون العقوبات العراقي القائم.

[٢] المادة (٢٦) من نفس القانون.

[٣] المادة (٥٥) من نفس القانون.

ومن البدهي أن كل جريمة من الجرائم المذكورة لا يتحقق فيها أي ضرر يصـيب الفـرد أو المجتمع، لأن الضرر إنما يتحقق بعد تنفيذ الجريمة المنوي ارتكابها، بخلاف الالتزام المدني فإنه لا وجود له ما لم يكن هناك ضرر حاصل بالفعل، لأنه عنصر رئيس من عناصـر المسـؤولية العقدية أوالتقصيرية، لكن قد يتحقق الالتزام على أساس الضرر بدون وجود الخطـأ كمـا في التزام المتبوع عن أضرار تابعه، والتزام صاحب الحيوان المتلف لمـال الغـير، والتـزام صـاحب الحيوان لمال الغير بدفع التعويض عن المتلف، والتزام صاحب المعمل بدفع التعويض للعامـل المصاب بعاهة مستديمة نتيجة عمله في المعمل أو استخدامه للأجهزة المعمول بهـا في المعمـل على أساس قاعدة (الغرم بالغنم)، فمن يتمتع بالغنم يلتزم بالغرم فما دام الربح المكتسـب من جهود هذا العامل لصاحب المعمل يلزمه القانون والشرع والعدالة بأن يتحمل مسـؤولية هذا الضرر الذي أصيب به العامل.

عاشراً: من حيث القصد الجنائي:

فهو ركن أساس في جرائم الاعتداء على الأموال والأمن وغيرهما من غير جرائم الاعتداء على الأشخاص فهي قد تتحقق بدون القصد الجنائي كالقتل خطأً أو الضـرب المفضـي إليـه خطأً. لكن في غير جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس لا وجـود لأيـة جريمـة بـدون تحقق عنصر القصد الجنائي الذي يسمى الركن المعنوي، فمن أخذ مال غيره بدون إذنه وبغـير قصد تملكه لا يعد سارقاً، ومن زنى بأمرأة ظاناً أنها زوجته فلا وجود لجريمة الزنى، ولـذلك سميت الجرائم على غير النفس وما دون النفس جرائم قصدية.

حادي عشر: من حيث تحريك الدعوى:

ففي الالتزام المدني لا يحرك الدعوى ضد الملتزم إلا الملتزم له أو مـن ينـوب عنـه نيابـة اتفاقية أو قضائية أو قانونية، فإذا أخذ من له حق تحريك الـدعوى المدنيـة جانـب الصـمت فليس لأحد أن يحرك هذه الدعوى ضد المدين بدون إذنه أو نيابته، بخلاف الالتزام الجنائي فإن المجني عليه إذا لم يحرك الدعوى هو أو نائبه تقوم هيئة الإدعاء العام بتحريك هذه الدعوى ورفع القضية إلى القضاء للحسم فيها بصورة عادلة.

والسر في هذا الفرق هو أن الحق المعتدى عليه في الالتزام المدني حق خاص لفـرد أو فئـة معينة، بخلاف الالتزام الجنائي فإن موضوعه حق عام محض أو الجانب العام فيه هو الغالب.

ثاني عشر: من حيث الجزاء:

الجزاء في الالتزام المدني هو مال مثلي لما اتلفه الملتزم إذا كان له مثل وإلا فعليه التعويض المالي العادل لحجم الضرر، بخلاف الجزاء في الالتزامات الجزائية فإنها عقوبات تختلف باختلاف طبيعة الجريمة وحجمها.

ثالث عشر: من حيث فلسفة الجزاء:

فالجزاء في الالتزام المدني فلسفته جبر خسارة لحقت بالملتزم له أو تعويض ربح فاته كسبه بسبب من الملتزم، أما فلسفة الجزاء في الالتزام الجزائي في العصر الحديث فهو إصلاح الجاني والردع الخاص (منع الجاني من العود إلى الجريمة مرة أخرى) والردع العام (منع الغير من الاقتداء به).

رابع عشر: من حيث التأمين:

فيجوز عقد التأمين ضد ضرر في الالتزام المدني كالتأمين على الحريق والكوارث الطبيعية من الفيضان وتحطم الطائرات في الجو وحوادث السيارات في الطرق البرية والبواخر في الملاحة المائية، بخلاف ذلك في الالتزام الجنائي فلا يصح التأمين ضد جريمة الاعتداء على حياته أو حياة من يتم التأمين لمصلحته، لأن طبيعة الموضوع تأبى هذا التأمين.

خامس عشر: من حيث تحديد الأعمال غير المشروعة:

ففي الالتزام الجنائي حدد القانون في جميع دول العالم الأعمال الجرمية بناءً على قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) فليس للقاضي توسيع نص التجريم عن طريق التفسير بحيث يؤدي إلى استحداث جريمة جديدة لم يجرمها القانون بالنص، أو عقوبة جديدة لم تحدد في قانون العقوبات، بخلاف الأعمال غير المشروعة الضارة الموجبة للتعويض فإنها غير محصورة في القانون، فكل عمل ضار بدون مبرر يرتب عليه القانون الالتزام بدفع بديل لهذا التعويض من مال مثلي أو القيمة في المال القيمي.

سادس عشر: من حيث حجم جزاء الملتزم على إخلاله بواجب قانوني:

فالجزاء في الالتزامات الجنائية محدد بعقوبات خاصة محددة في قانون العقوبات، غير أن هذا الجزاء قد يضع له القانون الحد الأدنى والحد الأقصى ويقر للقاضي سلطة تقديرية للحكم بالحد الأدنى أو بما هو قريب منه إذا كان الظرف المقترن بالجريمة أو بشخص الجاني من حيث

الخطورة الكامنة فيه من مصلحة الجاني أو يحكم بالحد الأقصى أو القريب منه إذا كانت الظروف ضد مصلحة الجاني، فحجم الجزاء محدد بالقانون ومحصور في ما بين الحدين، بخلاف حجم الجزاء في الالتزام المدني فإنه لا يمكن تحديده مقدماً وقبل حدوث الضرر بالقانون، لأن هذا الجزاء سواء كان مالاً مثلياً أو قيمة في المال القيمي يختلف حجمه باختلاف حجم الضرر بعد وقوعه وبعد تقديره من قبل أهل الخبرة.

سابع عشر: من حيث متعلق الدعوى:

من الطبيعي أن متعلق الدعوى وهو المدعى عليه شخص الجاني في الالتزام الجنائي فإذا سقطت أهليته بالوفاة أو الجنون المقترن بارتكاب الجريمة تسقط الدعوى وإذا طرأ الجنون بعد ارتكاب الجريمة تتوقف الإجراءات القضائية. وإذا كان الجنون مطبقاً مستمراً إلى الوفاة تسقط الدعوى، بخلاف ذلك في الالتزام المدني فإن ضمان موضوع الالتزام هو مال المدين، فالدعوى رغم أنها موجهة إلى شخص المدين فإن متعلقها في الواقع هو مال المدين فبعد وفاته يتعلق بتركته فيجب إخراجه منها قبل توزيعها ولكن لا يحول دون انتقال ملكيته إلى الورثة مثقلة بالدين فالتركة كالمرهون لضمان الدين، فتصرف الورثة فيها قبل وفاء الدين أو إذن الدائنين موقوف على إجازة الدائنين أو وفاء الدين.

يقول الشيخ معروف النودهي (رحمه الله) الذي نظم أحكام الميراث في كتابه (قطر العارض):

والدين لا يمنع من أن يملكا	ورثة الميت ما قد تركا
لكن به عُلق كالمرهون	لأنه أحوط للمدفون
فلم يكن تصرف فيه نفذ	من وارث إذن الغريم ما أخذ
أما إذا تصرف منه جرى	فلم يكن إذ ذاك دين فطرى
بالرد بالعيب أو التردي	في بئر عدوان مع التعدي
لتلف فنافذاً قد رسخا	إن أوديَ الدين وإلا فسخا

ثامن عشر: من حيث الخطأ المفترض:

لا يعتد بالخطأ المفترض في الالتزام الجنائي فلا يسأل المتبوع عن جريمة تابعه مثلاً بناءً على قاعدة شخصية العقوبة في القانون التي نص عليها القرآن الكريم قبل القانون بمئات

السنين في آيات متعددة منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾. بخلاف ذلك في الالتزام المدني فإن صاحب المعمل يسأل مدنياً ويلتزم بدفع التعويض عن العامل الذي يصاب بضرر أو عاهة مستديمة أثناء عمله فيه، وكذلك المتبوع يسأل عن تابعه إذا أحدث ضرراً بالغير أثناء عمله للمتبوع، فالوزارة مثلاً مسؤولة عن إحداث ضرر صادر من أحد الموظفين التابعين لهذه الوزارة بسبب أداء عمله فيها.

تاسع عشر: من حيث التقادم المسقط:

ففي الالتزام المدني تسقط الدعوى بعد مرور مدة تتراوح بين سنة وخمس عشرة سنة على الحق المدعى به (موضوع الدعوى) بدون المطالبة من الدائن أو نائبه بهذا الحق.

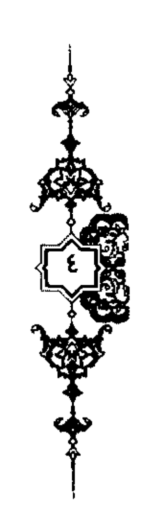
أما الالتزام الجنائي فلم يأخذ بتأثير التقادم على سقوط الدعوى إلا بصورة متواضعة كما في قانون العقوبات العراقي القائم في موضوع جريمة زنى أحد الزوجين (الخيانة الزوجية) حيث نصت المادة (٣٧٨) منه على أنه ((لا تقبل الشكوى إذا قدمت بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة)). وأخذ بعض القوانين الجزائية بتأثير التقادم منها قانون الإجراءات الجزائية المصري القائم، فنصت في المادة (١٥) على أنه ((تنقضي الدعوى الجنائية في مواد الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجريمة وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنين وفي مواد المخالفات بمضي سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك)).

أما سقوط العقوبة فقد نصت المادة (٥٢٨) منه على أنه ((تسقط العقوبة المحكوم بها بمضي عشرين سنة ميلادية إلا عقوبة الإعدام فإنها تسقط بمضي ثلاثين سنة، وتسقط العقوبة المحكوم بها في جنحة بمضي خمس سنين، وتسقط العقوبة المحكوم بها في المخالفة بمضي سنتين)).

ومن القوانين التي لم تأخذ بالتقادم المسقط في الدعوى الجزائية والعقوبات القانون الإنكليزي الذي لا يعتد بفلسفة التقادم وهي أن التقادم مبني على نسيان الجريمة والحكم فيها[1].

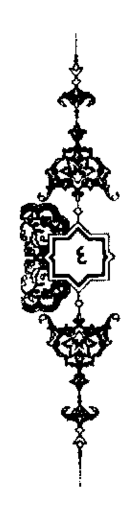
---

(١) يُنظر د. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، ط١، ١٩٨٣، ص٦٩١ وما يليها.



الفصل الرابع

الملتزم فيه والملتزم به والملتزم له



المقدمة:

المراد بالملتزم فيه تلك الحقوق العينية والشخصية المادية والمعنوية التي هي موضوعات الالتزامات بسبب التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية أو الوقائع الطبيعية من العقد والإرادة المنفردة بمعناها العام الشامل لجميع الأقوال النافعة كالهبة والوصية والوقف وغيرها من التبرعات، أو الأقوال الضارة كالطلاق التعسفي في الأحوال الشخصية وشهادة الزور والأخبار الكاذبة ضد مصلحة الغير والقذف في الالتزامات الجنائية ونحوها.

أو الأفعال النافعة كالفضالة والوعد بالجائزة في المعاملات المالية ودفع الخطر الجرمي عن الغير إذا كلف عليه نفقات[1].

أو الأفعال الضارة كالكسب دون سبب (أو الإثراء بلا سبب) أو إحداث ضرر في مال الغير مباشرة أو تسبباً تعمداً أو تعدياً، أو الوقائع الطبيعية، كما ستأتي دراسة هذه الأسباب مفصلاً تحت مفهوم العقد والعناوين المندرجة تحت المفهوم العام للإرادة المنفردة (أو التصرف الانفرادي)، لا بالمعنى الضيق الذي تبنته القوانين المعاصرة لهذا المصطلح العام.

ومن البدهي: أن الملتزم فيه حقوق للملتزم له وموضوع التزام للملتزم. والحقوق كثيرة من حيث النوع أو الصنف، منها عينية أصلية أو تبعية، ومنها شخصية مادية أو معنوية، ومنها عامة أو خاصة أو نحو ذلك.

وأن الملتزم له إما شخص طبيعي أو شخص معنوي، والأول إما موجود حين إنشاء الالتزام أو معدوم، والموجود إما معلوم أو مجهول.

وفي ضوء هذه الشقوقات المتصورة توزع دراسة ما يندرج تحت عنوان هذا الفصل الرابع على ثلاثة مباحث، يخصص الأول لرفع الخلط بين الملتزم فيه (موضوع الالتزام أو محل العقد) وبين الملتزم به (محل الالتزام) أو الأداء الإيجابي (العمل) أو السلبي (الامتناع عن العمل)، والثاني للملتزم فيه (حقوق الدائن)، والثالث للملتزم له (الدائن).

---

[1] وإلا فإن الدفاع عن حياة الغير أو عرضه أو ماله واجب شرعي وقانوني، كالدفاع عن تلك الحقوق العائدة إلى نفسه، ولا يترتب على مثل هذا الدفاع أي التزام لدفع التعويض للمدافع.

المبحث الأول
رفع الخلط بين الملتزم فيه والملتزم به

خلطت القوانين العربية المعاصرة المتأثرة بالقانون المدني المصري[١] القـائم المتـأثر بالفقـه الفرنسي، بين الملتزم فيه (موضـوع الالتـزام أو محـل العقـد) والملتـزم بـه (محـل الالتـزام)، فاستعملت الأول مكان الثاني، وعالجت ركن الالتزام بدلاً من معالجة ركن العقد وهي بصدد بحث أركان العقد (الرضا والمحل والسبب).

واتبع نفس الطريقة الخاطئة لكبار فقهاء القانون في العالم العربي وبوجه خاص في مصـر الذين قاموا بشروح هذه القوانين دون أن يشـير واحـد مـنهم إلى هـذين الخطـئين الجسـيمين الواضحين بين موضوع الالتزام ومحله من جهة، وبين عنصر العقد وعنصر الالتزام مـن جهـة أخرى.

ومن الواضح، كما ذكرنا سابقاً، أن كل عقد صحيح تتوافر فيه العناصر الستة للالتزام، وهي: (الإلزام، والالتزام، والملتزم له، وسـبب الالتـزام، والملتـزم فيـه (موضـوع الالتـزام)، والملتزم به (محل الالتزام).

وعلى سبيل المثل في عقد البيع الصحيح:

١. الإلزام (أو القوة الملزمة هو القانون وليس سلطان الإرادة كما كان معروفاً سابقاً).

٢. الملتزم: وهو بالنسبة للمبيع هو البائع، وبالنسبة للثمن هو المشتري.

٣. الملتزم له: للمبيع هو المشتري، وللثمن هو البائع.

٤. الملتزم فيه (موضوع الالتزام): وهو المعقود عليه أو كل من العوضين.

٥. الملتزم به (محل الالتزام): وهو الأداء بتسليم المبيع ودفع الثمن.

٦. سبب الالتزام: وهو البيع الصحيح وحكم وضعي[٢].

---

[١] رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

[٢] السبب نوع من أنواع الحكم الوضعي وهو مدلول النصوص الشرعية أو القانونية المتعلق بالتصرفات أو الوقائع من حيث جعلها سبباً كالقرابة سبب لحق الميراث، وسبب لالتزام الغني

والالتزام حكم شرعي وقانوني تكليفي وهو مدلول النصوص الشرعية والقانونية (خطاب الشارع أو المشرع) المتعلق بتصرفات الإنسان على وجه الاقتضاء والتخيير.
والاقتضاء: طلب الفعل أو طلب الترك.

أولاً- طلب الفعل نوعان:

أحدهما: طلب الفعل على سبيل الحتم وهو الإلزام (الإيجاب)، والمطلوب فعله واجب وملتزم فيه، ويترتب على تركه المسؤولية المدنية أو الجنائية.
والثاني: طلب الفعل على سبيل الأولوية والأفضلية وهو استحباب، والفعل المطلوب مستحب لا يترتب على تركه أية مسؤولية دنيوية مدنية أو جنائية، لكن قد يترتب على تركه اللوم والانتقاد، وهو من باب الأخلاقيات، لذلك لم يعالجه القانون إلا في مجالات ضيقة.

ثانياً- طلب الترك نوعان:

أحدهما: الطلب على سبيل الحتم وهو تحريم أو تجريم، وفعله غير مشروع فيوجب الضمان في الأعمال المدنية الضارة غير المشروعة، كما يوجب العقاب في الأعمال الجرمية غير المشروعة (المحظورة).
والثاني: طلب الترك على وجه الأولوية والأفضلية وهو استكراه، وفعله مكروه، ولا يرتب عليه الشرع أو القانون جزاءً مدنياً أو عقاباً دنيوياً، لكن قد يترتب عليه اللوم والانتقاد في الدنيا، كترك صلة الرحم وإهمال زيارة المريض، وهذا النوع أيضاً لم يعالجه القانون للسبب المذكور.

بالإنفاق على قريبه الفقير، أو مانعاً كجعل الجنون مانعاً من المسؤولية الجنائية، أو شرطاً كجعل العقل شرطاً لصحة التصرفات.

ثالثاً- التخيير:

هو ترك الحرية للإنسان بين أن يفعل شيئاً أو يتركه بدون ترتب أية مسؤولية جنائية أو مدنية أو أدبية لا على الفعل ولا على الترك، كتحديد وقت معين للقراءة أو النوم أو الأكل أو زيارة الغير[1].

ونحاول أن نثبت للقارئ الكريم ولكل من يهمه الاطلاع على الحقائق الواقعية باستعراض نماذج من النصوص القانونية التي وقع فيها الخلط المذكور.

وجدير بالذكر أن القوانين المدنية العربية منها ما تأثرت بالمدني المصري المتأثر بالفقه الفرنسي فوقعت في خطأ الخلط، ومنها ما لم تتأثر به واستبعدت ذلك الخطأ.

أولاً- من القوانين المتأثرة بالقانون المدني المصري المتأثر بالفقه الفرنسي:

القانون المدني العراقي القائم[2] الذي تولى رئاسة إعداد لجنة مشروعه المرحوم العلامة السنهوري (رح) في نهاية الأربعينات وبداية الخمسينات من القرن الماضي (العشرين)، حيث جاء في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام ومعالجة أركان العقد (التراضي والمحل والسبب) ما يلي:

أ- المادة (١٢٦): ((لابُدّ لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه ويصح أن يكون المحل مالاً عيناً كان أو ديناً أو منفعة او أي حق مالي آخر)). ومن الواضح أن هذه المادة بحثت بدلاً من ركن العقد (محل العقد) وهو المعقود عليه ركن الالتزام (محله) وهو الأداء، فخلطت بين الركنين: ركن العقد وركن الالتزام من جهة، وبين محل العقد ومحل الالتزام من جهة أخرى.

والصواب أن تكون الصياغة هكذا: ((لابُدّ لكل عقد محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه... إلى آخره)).

---

[1] لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع يُنظر مؤلفنا أصول فقه في نسيجه الجديد، ٢٠٦/٢ وما يليها.

[2] رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

ب- المادة (١٢٧/١): ((إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً)) والصواب هو: ((إذا كان محل العقد مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً)).

ج- المادة (١٢٨/١): ((يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف)) والصواب أن تكون صياغة هذه المادة كالآتي:

((يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة... الخ)). ويجب أن يبدل تعبير (الجنس) الوارد فيها بـ (الصنف) ويكون هكذا ((ولا يكتفى بذكر الصنف عن القدر والوصف))، لأن الصنف يندرج تحت النوع، والنوع يندرج تحت الجنس، وإن الأصناف هي التي تكون محلاً للعقد إذا بينت أوصافها ومقدارها في حالة الغياب، فأما الجنس أو النوع فلا يكونان محلاً للعقد في حالة غيابهما مطلقاً سواء عُينا بالوصف والمقدار أو لا.

ثم أن أوصاف التعيين أو القابلية للتعيين لا تستعمل لمحل الالتزام وهو الأداء.

د- المادة (١٢٩/١): ((يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر)).

والصواب أن تكون الصياغة هكذا: ((يجوز أن يكون محل العقد معدوماً وقت التعاقد... الخ)). لأن محل الالتزام هو الأداء ولا تنطبق عليه الشروط والأوصاف الواردة في هذه المادة.

هـ- المادة (١٣٠/١) ((يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطلاً)).

وهكذا خلطت هذه النصوص القانونية من المدني العراقي بين أركان العقد وأركان الالتزام من جهة، وبين محل العقد ومحل الالتزام من جهة أخرى، بالإضافة إلى خطأ استعمال (الجنس) في التعبير بدلاً من (الصنف).

وذكرنا آنفاً أن هذه الأخطاء كانت نتيجة تأثر القانون المدني العراقي وغيره بالقانون المدني المصري المتأثر بالفقه الفرنسي، ولتأكيد ذلك نتناول بالبحث الأخطاء الواردة في القانون المدني المصري القائم في المواد (١٣١-١٣٥):

أ- المادة (١٣١): ((يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً... الخ)).

ب- المادة (١٣٢): ((إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً... الخ)).

ج- المادة (١٣٣): ((إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً... الخ)). والصواب ((إذا لم يكن محل العقد معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بصنفه وإلا كان العقد باطلاً... الخ)). ((ويكفي أن يكون المحل معيناً بصنفه فقط... الخ)).

د- المادة (١٣٤): ((إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر)). في هذه المادة بالإضافة إلى الخلط المذكور خطأ جسيم لا يغتفر، وهو القول بعدم تأثير ارتفاع وانخفاض النقود على التزام المدين بدفع مقدار النقود وقت إنشاء الالتزام). وهذا الحكم بالإضافة إلى منافاته للعدالة محل استغراب، لأن النقود من المثليات ومثل الشيء ما يساويه صورة ومعنى[1]. وصورة النقود تبقى على حالها غالباً في المدة الواقعة بين إنشاء الالتزام وبين تنفيذه، بخلاف معناه (القوة الشرائية)، فإذا تغير بالارتفاع والانخفاض فإنه يفقد صفة المثلية ويتحول إلى مال قيمي، وبناءً على ذلك يكون لارتفاع القيمة وانخفاضها أثر واضح على المقدار المذكور في العقد فيجب الأخذ بالقوة الشرائية للنقود وقت إنشاء الالتزام لا وقت تنفيذه إذا تغيرت القيمة بالارتفاع أو الانخفاض، فعلى المدين أن ينفذ التزامه في ضوء هذا التغير للعملة، وذلك بالنظر إلى قوته الشرائية وقت إنشاء الالتزام أو تقدير القيمة بالذهب حين إبرام العقد.

هـ- المادة (١٣٥): ((إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً)). والصواب هو تبديل الالتزام بالعقد.

ويطابق القانونين المذكورين (العراقي والمصري) أكثر قوانين البلاد العربية المتأثرة بالقانون المصري في الأخطاء الأربعة الآتية:-

---

[1] المعنى بالنسبة للنقود القوة الشرائية وبالنسبة لغيرها الصلاحية للانتفاع به.

١. في الخلط بين ركن العقد وركن الالتزام.
٢. في الخلط بين محل العقد ومحل الالتزام.
٣. في القول بعدم تأثير تغيير قيمة النقود (قوتها الشرائية) بالارتفاع والانخفاض على التزام المدين فهو يلتزم بمقدار العدد المذكور في العقد وقت إنشائه.
٤. استعمال (الجنس) أو (النوع) بدلاً من (الصنف).

ومن تلك القوانين ما يلي:

المدني السوري القائم (المواد ١٣٢-١٣٦)، والمدني الكويتي القائم (المواد ١٦٧-١٧٣)، والمدني الجزائري القائم (المواد ٩٢-٩٦)، وقانون الالتزامات والعقود المغربي القائم (الفصول ٥٧-٦١)، والقانون المدني القطري القائم (١٦٤-١٥١)، والقانون البحريني القائم (المواد ١٠٣-١١٠)، والمدني الليبي القائم (المواد ١٣١-١٣٥).

ثانياً- القوانين المدنية العربية غير المتأثرة بالمدني المصري:

استبعدت الخطأين الأولين المذكورين في الفقرة (أولاً) وهما الخلط بين ركن العقد وركن الالتزام والخلط بين محل العقد ومحل الالتزام، لكن لم تخلص أكثرها من الخلط الثالث وهو القول بعدم تأثير القوة الشرائية للنقود على التزام المدين بل يلتزم بمقدار العدد المذكور في العقد حين إنشائه.

وكذلك لم تخلص من الخطأ الرابع وهو استعمال (الجنس) أو (النوع) بدلاً من (الصنف).

ومن هذه القوانين: المدني الأردني القائم (المواد ١٥٧-١٦٤). وقد وقع هذا القانون في خطأ عدم تأثير تغيير قيمة النقود على تغيير الالتزام وقت الوفاء في مادته (١٦٢) لكن نص في مادته (١٥٧) على أنه ((يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه)).

وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة – قانون المعاملات المالية القائم (المواد ١٩٩-٢٠٦). فنصت المادة (١٩٩) على أنه: ((يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه)). وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المواد ١٨٦-١٩٣) واستعمل هذا القانون (موضوع العقد) وهو يساوي (محل العقد).

والقانون المدني اليمني القائم (المواد ١٨٦-١٩٩) حيث استعمل في مادته (١٨٦) بدلاً من (محل الالتزام) تعبير (المعقود عليه) وهو (محل العقد)، لكن وقع في خطأ استعمال (الجنس) و(النوع) بدلاً من (الصنف) في مادته (١٩٢).

كما وقع في خطأ عدم تأثير تغيير قيمة النقود على الالتزام وقت الوفاء حيث نصت المادة (١٩٤) منه على أنه ((إذا كان الملتزم به نقوداً التزم المدين بقدر عددها المـذكور في العقـد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي تأثير)).

وهذا خطأ جسيم لا يغتفر لما ذكرنا سابقاً من أن النقود في هـذه الحالـة (حالـة انخفـاض وارتفاع القيمة) تفقد صفة المثلية وتتحول إلى القيمي فيجـب أن يكـون الوفـاء بمـا يعـادل قيمته وقت إنشاء سببه، حيث ليس من العدل ولا من الإنصاف ولا مـن المعقـول: أن يفـي المدين بمبلغ مائة دينار عراقي مثلاً الذي كان بذمته عام ١٩٥٠ في وقت كان سـعر مثقـال من الذهب بـ (٧٥٠) فلساً بنفس المبلغ (مائة دينار) عـام ألفـين (٢٠٠٠) في وقـت كـان سعر مثقال من الذهب بـ (مائة وعشرين ألف دينار).

وبالإضافة إلى ما ذكرنا فإن هذا القانون وقع في خطأ آخر وهو استعمال (الملتزم به) بدلاً من تعبير (الملتزم فيه)، لأن الملتزم به كما ذكرنا هو الأداء محل الالتزام، وأما الملتزم فيه فهو الحق (موضوع الالتزام).

المبحث الثاني
الملتزم فيه (حقوق الملتزم له)

أولاً- تعريف الحق:

الحق في اللغة ورد بعدة معان ومكان بحثها المعاجم اللغوية، ومن الأخطاء التقليدية الشائعة أن يخصص الباحث في مؤلفاته أو أبحاثه العلمية مبحثاً مستقلاً أو مطلباً أو فرعاً لاستعراض المعاني اللغوية.

وقد ورد في القرآن الكريم لفظ (الحق ومشتقاته) بمعان كثيرة في زهاء (٢١١) آية، ومن الواضح أن موقع بحثها هو تفاسير القرآن الكريم.

وبالنسبة للمعنى الاصطلاحي للحق عرفه علماء القانون بتعريفات مختلفة في تعابيرها أو مفاهيمها[(١)] ولم أجد في شروح القانون تعريفاً واضحاً جامعاً مانعاً تتوافر فيه الشروط المنطقية التي سبق بيانها في هذا المؤلف بالإضافة إلى ذلك فإن هذه التعريفات كلها تقليدية ينقلها الخلف من السلف مع إجراء تعديل بسيط في التعبير أو زيادة أو نقص دون أن تناقش تلك التعريفات ويستنتج منها تعريف جديد.

ومن هذا المنطق نرى أن استعراض التعريفات الاصطلاحية للحق ومناقشتها من ضياع العمر والوقت اللذين لا يعوضان بأي شيء بعد الفوات.

---

(١) منها تعريف الحق بأنه: ((مصلحة ذات قيمة مالية يقررها القانون للفرد)) الأستاذ اسماعيل العمري – الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، ص٣٤. ومنها تعريف الحق بأنه ((السلطة الإرادية قانوناً للشخص)) د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، النظرية العامة للحق، ص٦.

وكل من هذين التعريفين ناقص وغير جامع فلا يشمل جميع الحقوق.

ثانياً- تقسيم الحق:

كما لم ينجح علماء القانون في الإتيان بتعريف جامع مانع واضح للحق كذلك لم ينجحوا في تقسيم الحق إلى أقسام شاملة كاملة غير متداخلة كما يتبين لنا ذلك في النماذج الآتية:-

١- منهم من قسم الحقوق إلى سياسية وغير سياسية، ثم قام بتقسيم غير السياسية إلى العامة والخاصة، ثم تقسيم الخاصة إلى حقوق الأسرة وحقوق مالية، ثم تقسيم المالية إلى عينية وشخصية وأدبية[1].

ومن عيوب هذا التقسيم:

أ- إن الحقوق السياسية كغير السياسية تقسم إلى العامة والخاصة كما هو واضح في العلاقات الداخلية والدولية.

ب- حقوق الأسرة منها مالية كالميراث ونفقة الزوجة على زوجها ونفقة القريب المحتاج على قريبه المتمكن، ومنها غير مالية كتمتع كل من الزوجين بالآخر، وكالاحترام المتبادل والسكينة والرحمة ونحو ذلك مع أنها جعلت قسيمة للحقوق المالية، ومن الواضح أن قسيم الشيء مباين له.

ج- اعتبار الحقوق المالية قسماً من الحقوق الخاصة، وهذا خطأ، لأن الحقوق المالية أيضاً تنقسم إلى العامة والخاصة، فالمعادن في كل إقليم من الفلزات واللافلزات من الأموال العامة.

د- لا تندرج تحت قسم من الأقسام المذكورة حقوق الله التي هي موضوع التزامات الناس، ولكن نفعها وثمرتها للملتزم لا للملتزم له، لأن الله غني مطلق عن عباده، كالعبادات التي كلف الإنسان بأدائها، وهذه الحقوق منها بدنية محضة كالصلاة والصيام، ومنها مالية محضة كالزكاة والإنفاق في سبيل المصلحة العامة، أو منها مزدوجة مالية وبدنية كالحج.

٢- ومنهم من[2] قال بالتقسيم الثنائي إلى الحقوق المادية والمعنوية. فالمادية هي المتعلقة بالحاجيات المادية كحرية الملكية والعمل والسكن، والمعنوية هي المتعلقة بالفكر الإنساني كحرية العقيدة والرأي.

---

[1] كالأستاذ الدكتور سليمان مرقس — موجز المدخل للعلوم القانونية، ص٢٥٦ وما يليها.

[2] كالدكتور عثمان خليل عثمان، الاتجاهات الدستورية الحديثة، ص١١١ وما يليها.

٣- ومنهم من[١] اختار التقسيم الثلاثي إلى الشخصية كحرية التنقل والمسكن، والفكرية كحرية الرأي والعقيدة والتعلم، والاقتصادية كحق التملك والتجارة والصناعة.

٤- ومنهم من[٢] تبنى التقسيم الرباعي إلى حقوق سياسية ومدنية واقتصادية وثقافية.

٥- ومنهم من[٣] ذهب إلى التقسيم الخماسي فقال أن أقسام الحقوق خمسة، إلى: الحرية الشخصية والجسدية كحق الأمان من العبودية والقهر، وإلى حق الأمن والحرية الفردية، وإلى حرية الحياة الخاصة، وإلى حرية جسدية وضمانات الحماية من التعذيب والاغتصاب ونحوهما، وإلى الحريات الثقافية والمعنوية.

ومن تعمق في أبعاد هذه التقسيمات يجد أنها متداخلة، والقسيم مباين لقسيمه، والمتباينان لا يتداخلان، ثم أن هذه التقسيمات غير مبنية على معايير موضوعية ثابتة.

بالإضافة إلى أنها مبنية على الاستقراء الناقص وهو دليل ظني غير مقنع. ثم أنها لم تتناول حقوق الله التي هي ذات نفع عام للأسرة البشرية كما ذكرنا.

وبناءً على تلك العيوب المذكورة حاولت اتباع أسلوب جديد صحيح، سواءً كان بالنسبة لتعريف الحق أو تقسيمه اخترت النهج الآتي:

أولاً- تعريف الحق:

الحق هو مركز شرعي من شأنه أن ينتفع به صاحبه أو غيره.

تحليل التعريف إلى عناصره:

أ- المركز: هو ميزة خاصة مادية أو معنوية بها يتميز حق شخص من حق آخر من حيث الشخص دون الصنف أو النوع. وعلى سبيل المثل بياض ورقة بيضاء معينة غير بياض نظيرها من حيث الشخص في ورقة أخرى مثلها، لكنهما يتحدان من حيث الصنف أو النوع في مطلق البياض، لأن شخصية واحدة لا تستقر في محلين مختلفين باتفاق آراء العقلاء والفلاسفة.

ب- شرعي: أي يقره الشرع (أو القانون) ويحميه.

---

[١] كالدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، ص٤١١ وما يليها.

[٢] كالدكتور سعيد محمد أحمد، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ص٥ وما يليها.

[٣] كالدكتور أحمد حافظ نجم، حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، ص٣٣ وما يليها.

ج- من شأنه أن ينتفع به مادياً أو معنوياً من قبل أي شخص كان، لكـن لا يشـترط أن يتحقق هذا الانتفاع بالفعل، كمن يشتري شيئاً ولا ينتفع بـه لا هـو ولا غـيره إلى أن يستهلك ويخرج عن نطاق الانتفاع.

د- حقوق الله لا ينتفع بها صاحبها كالتكاليف الإلهيـة المفروضـة علـى الإنسـان مـن المعتقدات والعبادات، فنفعها يكون للإنسان نفسه رغم عدم كونه ملتزماً له.

ثانياً- تقسيم الحقوق:

التقسيم العقلي للحقوق المبني على معـايير موضـوعية ثابتـة، والاسـتقراء التـام هـو التقسيم الرباعي إلى حقوق الأفراد على المجتمع الممثل في هذا العصر بالدولـة والحكومـة، وإلى عكس ذلك إلى حقوق المجتمع على الأفراد، وإلى حقوق الأفراد بعضـهم علـى بعـض، وإلى حقوق المجتمع على المجتمع التي تسمى باصـطلاح اليـوم (الحقـوق الدوليـة). ومـن الواضح أن حق كل طرف موضوع التزام الطرف الذي تقابله.

وفيما يلي إيضاح موجز لهذه الأقسام الأربعة:

القسم الأول/ حقوق الأفراد على الدولة أو الحكومة:

١. تلتزم كل دولة أو حكومة في العالم بمقتضى دستورها وقوانينهـا تـوفير عـيش كـريم للأفراد الذين تحكمهم وتأمين مستلزمات الحياة ومتطلباتها في كل زمان ومكان.
٢. حق توفير المستلزمات الاجتماعية والاقتصادية كالماء والكهرباء والوقود والمستلزمات الصحية والاجتماعية للجميع دون تفريق بين المدن والقرى.
٣. حق التعليم والتعلم وكل ما يدخل في باب الثقافة العصرية دون تمييز أو تفريق.
٤. حق حرية العقيدة والرأي والتعبير عن الإرادة واللجوء والإقامة وفق القانون.
٥. حق تأمين المسكن وحريته واحترامه.
٦. حق التقاضي أمام قضاء عادل غير منحاز إلى أحد الخصمين لتـأمين العدالـة، وهـي إعطاء كل شخص ما يتسحقه من الثواب أو العقاب.
٧. حق تنظيم المجاري وتبليط الطرق والشوارع.
٨. حق تأمين الوسائل الترفيهية البريئة من المنتزهات والحدائق العامة ونحوها.

٩. مراقبة الأسواق والأسعار والمواد الغذائية والأدوية الصالحة ومنع التلاعب بالأسعار من الباعة ومنع التجار من استيراد الأدوية الفاسدة والسلع غير الصالحة.
١٠. وكل ما يحتاج إليه الفرد وتكون الدولة مسؤولة عن توفيره بمقضتى الدستور والقانون حسب متطلبات التطور الحضاري.

القسم الثاني/ حقوق المجتمع على الأفراد:

من أهم التزامات الأفراد تجاه المجتمع أو الدولة أو الحكومة ما يلي:-
١. الشعور بالمسؤولية عن الإخلال بالنظام العام والآداب.
٢. التعاون مع السلطة في سير مرافقها العامة بما يحقق المصلحة العامة والخير للجميع.
٣. حماية أموال الدولة والمحافظة على النظافة داخل العمران وخارجه.
٤. عدم التبذير في صرف الأموال العامة كالمياه والكهرباء وكل مصدر آخر خصص للنفع العام.
٥. الإخلاص في أداء الوظيفة والعمل والقيام بالخدمة العامة.
٦. عدم استغلال الوظيفة والمنصب وأي انتماء سياسي آخر للمصالح الشخصية.
٧. الدفاع عن الوطن قدر المستطاع كلما تعرض لخطر عدوان خارجي أو داخلي، والامتناع عن التعاون مع كل من يعمل ضد مصلحة بلده ووطنه.
٨. الأمر بالمعروف، أي بكل ما فيه الخير العام، والنهي عن المنكر، أي عن كل ما فيه ضرر الأفراد والمجتمع وله الخطورة على المصلحة العامة.
٩. دعم المالية العامة عن طريق دفع الضرائب وغيرها بصدق وأمانة كلما تعرضت الميزانية العامة للعجز.
١٠. التزام الأفراد بالتعاون مع دولتهم أو حكومتهم في كل مصلحة عامة تحتاج إلى هذا التعاون.

القسم الثالث/ حقوق الأفراد بعضهم على بعض:

ومن صورها:
١. حقوق العاقدين في العوضين بعد انعقاد العقد في المعاوضات كحق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع، وحق المستأجر في منفعة العين المؤجرة، وحق المؤجر في الأجرة،

وهكذا في كل عقد معاوضة ملزم للجانبين حق كل مـن العاقـدين موضـوع التـزام الآخر.

٢. حق أحد العاقدين والتزام العاقـد الآخـر في التصـرفات الملزمـة لجانـب واحـد كحـق الموهوب له في الموهوب والتزام الواهب بتسليم الموهوب، وحـق المسـتعير في الانتفـاع بالعين المعارة بعد تسلمها والتزام المعير بتسليم المعار له، وحق الموصى له في الموصـى به بعد وفاة الموصي والتزام الورثة بتسليمه له، وهكذا في جميع التبرعات المتبرع لـه صاحب حق في المتبرع به، والمتبرع ملتزم بإيصال هذا الحق إليه له بعد إعـلان التـبرع، وإلا فلا حق له.

٣. في الحقوق والالتزامات الزوجية لكل من الزوجين حقوق غـير ماليـة، فعلـى الطـرف الآخر المطاوعة لإيصال هذا الحق له.

كما للزوجة الحق في النفقة اليومية، وعلى الزوج توفيرها لها حسـب مكنتـه الماليـة ومركز الزوجة وأسعار السوق.

٤. حقوق الأولاد على أبويهم في الإنفاق والتربيـة والتوعيـة وتـوفير جميـع المسـتلزمات الثقافية والصحية والاجتماعية ونحوها. ويلتزم الأبوان أو من ينـوب عنهمـا بتـوفير هذه الحقوق لأولادهـم وأحفـادهم وإن نزلـوا، وأسـباب التـزامهم الأبـوة والأمومـة، ومصدره الشرع والقانون.

٥. حق الرضيع في رضاعة الأم، فإن لم تستطع فعلى الأب تـأمين مرضـعة لـه، وكـذلك الأمر في الحضانة وحق الحاضنة والمرضعة إذا لم تكن، أما في النفقـة الـتي يلتـزم بهـا والد الرضيع أو المحضون وعلى الوارث مثل ذلك عنـد عـدم الأب أو عجـزه عـن الإنفاق.

٦، الولاية: الولي الذي يتولى المسؤولية بالنسبة للأولاد القاصرين هو الأب ثـم الأم ثـم من يليهما في القرابة مع رعاية مصلحة القاصر.

وجدير بالذكر أن الولاية التزام أكثر من أن تكون حقاً، لأنها يقررهـا الشـرع والقـانون لمصلحة القاصر، لذا ليس للولي التنازل عن الولاية بدون مبرر.

٧. حق نفقة الأصول على فروعهم في حالة فقرهم، والتزام الفروع بتأمين نفقـتهم حسـب القدرة والإمكانية الماليـة.

٨. حق نفقة كل قريب محتاج على قريبه المتمكن مالياً، لأنه وارثه، وسببها القرابة، ومصدرها الشرع والقانون.
٩. حق الجار على الجار في عدم تعنت في تصرف في ماله تصرفاً يضر بجاره مادياً أو معنوياً.
١٠. أي حق آخر مادي أو معنوي يفرضه القانون على فرد لصالح فرد آخر في الحياة العملية أياً كان سببه.

القسم الرابع/ حقوق المجتمع على المجتمع:

بسبب العلاقات الدولية وكون الدولة عضواً في منظمة الأمم المتحدة وعلى أساس المصالح المتبادلة، ومصدرها ميثاق الأمم المتحدة بصورة خاصة، وإعلانات حقوق الإنسان بوجه عام، بالإضافة إلى الأعراف الدولية، لكن العرف رغم ضعف دوره في الحقوق والالتزامات الداخلية فإنه ما زال محتفظاً بدوره الفعال في حل المنازعات الدولية وإعطاء كل دولة حقها. ومن صور الحقوق الدولية:-

١. حق سيادة كل دولة على إقليمها براً وبحراً وجواً والتزام جميع الدول باحترام هذه السيادة وعدم التدخل في شؤونها الداخلية إلا لأسباب إنسانية.
٢. حق كل دولة في أن تعيش بأمان وسلام دائمين بعيدين عن الاعتداءات والتجاوزات الخارجية من قبل الدول الأخرى.
٣. حق كل دولة في استثمار معادنها وثرواتها على ظاهر إقليمها البري والمائي وفي باطنها دون تدخل خارجي من دولة أخرى.
٤. حق كل دولة في الانتفاع بالبحر العام في الملاحة والصيد في حالة السلم، شريطة أن لا يضر هذا الانتفاع بحقوق غيرها من الدول المشتركة في هذا البحر.
٥. حق كل دولة في حصتها المائية في الأنهار الدولية المشتركة كالفرات والنيل، وتلتزم كل دولة يمر النهر بإقليمها بعدم القيام بتصرف في النهر المشترك تصرفاً يضر ببقية الدول ذات العلاقة.
٦. حق كل دولة في استرداد أراضيها المغصوبة من الدول الغاصبة بسبب الحرب أو غيرها، ويلتزم مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة تقديم كل عون ودعم الدولة المغصوبة منها حتى تسترد كامل حقوقها على أراضيها المغصوبة.

٧. حق كل دولة في الامتناع عن إعطاء حق اللجوء أو الإقامة أو المرور بحدودها بدون جواز رسمي لمنتسبي الدول الأخرى إذا كانوا مصدر اضطراب أو إرهاب أو كل عمل آخر غير مشروع يضر بمصالحها أو مصالح الدول الأخرى.

٨. حق كل دولة في أن تطلب من دولة أخرى تسليم المجرمين الذين ارتكبوا جرائم في إقليمهم ثم هربوا أو لجأوا إلى تلك الدولة أو ارتكبوا الجرائم على أراضي الدول الأخرى ضد مصلحة بلدهم.

٩. حق التبادل الدبلوماسي والسياسي والثقافي والاقتصادي والأمني بين الدول، وحق عقد المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تضمن تلك الحقوق.

١٠. أي حق آخر لأية دولة على دولة أخرى لسبب مشروع قانوني يقره القانون الدولي العام. وعلى الدول الأعضاء في الأمم المتحدة التعاون والتضامن والتكافل ضد الإرهاب الدولي في سبيل حماية الحقوق الدولية.

المبحث الثالث

الملتزم له (الدائن)

الملتزم له هو صاحب الحق الذي يكون موضوع التزام الملتزم والعنصر الخامس للالتزام، ويشمل الحق المالي وغير المالي والمادي والمعنوي والعيني الأصلي والعيني التبعي والشخصي المدني والجنائي والسياسي والأسري والداخلي والدولي والخاص والعام وغيرها من حقوق الفرد على المجتمع أو المجتمع على الفرد أو الفرد على الفرد أو المجتمع على المجتمع[1].

ولا يشترط في الملتزم له توافر شروط الملتزم، التي سبق ذكرها، حسب الحيثيات الآتية:-

١. من حيث الشخصية: يجوز أن يكون الملتزم له شخصاً طبيعياً كأفراد الإنسان، أو معنوياً كالدولة وغيرها من المؤسسات ذات النفع العام أو الشركات الاقتصادية المعترف بها قانوناً، كما يشمل الكائنات الحية من غير الإنسان التي نفقتها على الإنسان المسؤول عن إدارتها بعد الحيازة كالحيوانات التي تكون تحت حيازة الإنسان، بل يشمل أبعد من ذلك وهو كل كائن مثمر مفيد للإنسان كالحيوان والأشجار والمزروعات المثمرة.

وكذلك يشمل الملتزم له خالق المخلوقات وهو (الله) سبحانه وتعالى الذي كلف الإنسان بمعتقدات وعبادات ثمرتها ونفعها للملتزم دون الملتزم له، لأن الله غنيٌّ مطلق عن العالمين.

٢. من حيث الوجود: يجوز أن يكون الملتزم له من الموجودين كالوصية لشخص معين يكون على قيد الحياة أو الهبة له أو غيرهما من التبرعات، كما يجوز أن يكون من المعدومين وقت إنشاء الالتزام كالوصية لأولاد أحد أولاده الذي لم يتزوج بعد أو الوقف عليه. أو أن يكون من الموجودين والمعدومين في وقت واحد كالوقف على منتسبي مؤسسة خيرية ذات نفع عام فيشمل الموجودين حين الوقف والمستفيدين من هذا الوقف الذين سيوجدون في المستقبل ويكونون مشمولين به.

٣. من حيث التحديد: يجوز أن يكون الملتزم له موجوداً معيناً حين إنشاء الالتزام

---

[1] لتفصيل هذه الشقوقات الأربعة يُنظر مؤلفنا: حقوق الإنسان في الإسلام.

كالالتزامات المترتبة على العقود، أو معدوماً معيناً كما في عقد التـأمين لمسـتفيد معين لم يولد بعد كأولاد أولاده المعينين بالنسب دون الوجود. أو لجـنين لم يولـد بعـد فيلتزم الورثة أو القاضي بالاحتفاظ بحصة الجنين من التركة والأخـذ بالاحتيـاط حـين توزيعها على الورثة الموجودين فعلاً، فإذا كان نصـيبه علـى تقـدير الـذكورة أكثـر فيحتفظ بنصيب الذكر، وإذا كان بالعكس فيحتفظ بنصيب الانثى.

٤. من حيث الأهلية: يجوز أن يكون الملتزم له كامل الأهلية أو ناقصها أو عديمها، وبوجه خاص في التصرفات التي لا تحتاج إلى القبول.

٥. من حيث القدرة على استثمار الحق الملتزم فيه: لا يشترط حين إنشاء الالتزام أن يكون الملتزم له ذا قدرة فعلية على الاستثمار، لإمكان أن يحل محله غـيره في اسـتثمار الحـق الملتزم فيه أو الانتفاع به من قبل من ينوب عنه من الولي أو الوصي أو غيرهما.

٦. من حيث العلم: لا يشترط أن يعلم الملتزم بالملتزم له حين إنشاء الحق الملتزم فيه، كمـا في الجعالة والفضالة والوصية والهبة وغيرها مما لا يحتـاج إلى القبـول الفـوري حـين إنشاء الالتزام.

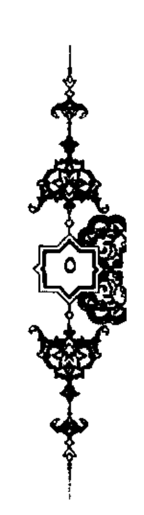
٧. من حيث الاختيار: لا يشترط أن يكون الملتزم له حراً في قبول الحق الملتـزم فيـه مثـل المكافئة التي تفرضها الدولة على من يقوم بعمل للمصـلحة العامـة وهـو قـد أراد بعمله أن يكون بدون مقابل لوجه الله أو في سبيل المصلحة العامة ورغـم ذلـك أجبر من قبل السلطة العامة على قبول المكافئة، ويعد القبـول الإجبـاري في هـذه الحالـة بمثابة القبول الاختياري لأن المكافئة من النفع المحض.

٨. من حيث التنازل: للملتزم له (صاحب الحق الخاص) أن يتنازل عن حقه كلياً أو جزئياً بعوض أو بدونه، كحق الدائن في التنازل عن دينه، وحق ولـي الـدم في التنـازل عـن القصاص.

٩. من حيث إجبار الملتزم على تنفيذ التزامه: للملتزم له الحق في إجبار الملتزم عن طريق القضاء على تنفيذ التزامه إذا أبى عن هذا التنفيـذ باختيـاره سـواء كـان تنفيـذاً عينياً أو تنفيذاً بالبـدل، كما يجوز للملتزم له أن ينفذ الملتزم فيه على نفقة الملتزم إذا تأخر عن موعده المحدد، كما في حالة إنشاء مشروع خاص أو عام.

١٠. من حيث التعويض: للملتزم له حق التعويض عن الضرر الذي يلحقه نتيجـة تـأخير الملتزم في تنفيذ التزامه أو عن التنفيذ الناقص أو التنفيذ المعيب.

١١. من حيث الضمانات: للملتزم له أن يطلب من الملتزم تقديم ضمانات لحقه الذي بذمته، كالضمان الشخصي الممثل بالكفالة أو المال الممثل بالرهن.
١٢. للملتزم له طلب التنفيذ الفوري إذا لم يكن هناك اتفاق أو نص على التأجيل، كما له تشطير موضوع الالتزام بجعل بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً، كما في مهر الزوجة، ويتحول هذا المؤجل إلى الحال بأقرب الأجلين إما الطلاق أو الوفاة، ففي حالة وفاة الملتزم يتعلق الملتزم فيه بتركته وعلى الورثة الوفاء بالدين من التركة قبل توزيعها.
١٣. من حيث الانتقال: ينتقل حق الملتزم له إلى ورثته بعد وفاته إذا كان قابلاً للانتقال إلى الورثة.
وجدير بالذكر أن هناك حقوقاً غير قابلة للانتقال من الملتزم له إلى ورثته، فمنها مالية كالمنفعة الموصى بها لشخص فلا تنتقل إلى ورثته إذا مات هذا الشخص ما لم ينص في الوصية على خلاف ذلك.
وفي حالة الوصية بالمنفعة مع القول بانتقالها إلى الورثة تسري عليها أحكام الوقف.
ومن الحقوق غير القابلة للانتقال إلى ورثة الملتزم له: الوظيفة والمنصب والألقاب وانتقال العرش الملكي أو مركز الخلافة إلى الورثة فهذه الحقوق مخالفة للشريعة الإسلامية، لأن المنصب أو الوظيفة أو القيادة أو الرئاسة أو أية سلطة ومسؤولية أخرى لا يقرها الشرع الإسلامي عن طريق الإرث، لأنها لا يستحقها إلى من تتوافر فيه الأهلية مع اختياره من الشعب ومبايعته له.
كما لا تنتقل الحقوق الزوجية غير المالية إلى ورثة الملتزم له.
١٤. حق الحوالة: للملتزم له حوالة حقه الذي بذمة الملتزم إلى شخص آخر ولو بغير موافقته.
١٥. من حيث طبيعة التنفيذ: إذا كان محل التزام الملتزم تحقيق الغاية فلا يكفي بذل العناية ما لم تتحقق غاية الملتزم له.
١٦. من حيث السقوط: يسقط حق الملتزم له إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كما في حالة وفاة الملتزم في القضايا الجنائية وهلاك موضوع الالتزام في القضايا المدنية.
أما في السقوط بالتقادم فلا يسقط حق الملتزم له، وإنما تسقط دعوى المطالبة به، فيبقى الملتزم مسؤولاً ديانةً لا قضاءً.



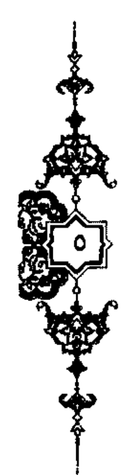
الفصل الخامس

سبب الالتزام

ويعد سبب الالتزام العنصر السادس من عناصره ونتناول دراسته في هذا الفصل على التفصيل الآتي:

والسبب إما أن يكون غير موجود فعلاً أو يكون موجوداً وجوداً غير صحيح، أو وجوداً غير مشروع، أو يكون موجوداً وجوداً صحيحاً مشروعاً ولكنه يزول (بعد وجوده وقبل تنفيذه) لسبب إرادي أو قانوني.

وبناءً على ذلك توزع هذه النقاط الأربع على أربعة مباحث يخصص الأول لحالة عدم وجود السبب أصلاً، والثاني للسبب غير الصحيح، والثالث للسبب غير المشروع، والرابع لزوال السبب الصحيح المشروع بعد وجوده.



المبحث الأول

عدم وجود السبب بالفعل[١]

سبب الالتزام:

السبب وصف ظاهر منضبط يرتب عليه الشرع أو القانون حكماً يتحقق بتحققه وينتفي بانتفائه

وسبب الحكم الشرعي أو القانوني هو ما يلزم من وجوده وجود الحكم ما لم يعارضه مانع، فالقرابة سبب الميراث لكن إذا عارضه مانع كقتل الوارث لمورثه يقدم العمل بالمانع فلا يرث القاتل باعتباره عقوبة تبعية رغم وجود السبب المقتضي.

والسرقة سبب للعقوبة المحددة لها فإذا كان السارق عديم الأهلية بأن يكون صغيراً غير مميز أو مجنوناً يكون مانعاً من العقاب فيقدم عليه في العمل به.

اتفقت قوانين دول العالم على أن الالتزام إذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير صحيح كالعقد الباطل، أو كان غير مشروع كالالتزام بدفع مبلغ لشخص مقابل أن يرتكب له جريمة يكون هذا الالتزام باطلاً.

ومن تلك القوانين القانون المدني الفرنسي القائم الذي نص في المادة (١١٣١) منه على أن ((الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب أو كان مبنياً على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع)).

ونص في المادة (١١٣٢) على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون أو إذا كان مخالفاً للآداب أو النظام العام.

ويطابقه المدني التونسي القائم (الفصل ٦٧). ويقاربه المدني العراقي القائم (م/١٣٢)، والمصري (م/١٣٦)، والسوري (م/١٣٧ و١٣٨)، والليبي (م/١٣٦)، والجزائري (م/٩٧)، والمغربي (الفصل ٦٢)، والموريتاني (م/٨٢)، واليمني (م/١٩٩).

---

[١] ولو كان موجوداً بالقوة كما في الحالتين الثانية والثالثة.

ومن تطبيقات عدم قيام الالتزام لعدم السبب بالفعل الحالات الآتية:

أولاً: حالة عدم وجود السبب أصلاً:

ومن صورها:-

١- أن يفي أحد المدينين المتضامنين ديناً كان قد أوفاه أحدهم من قبل.
٢- من دفع شيئاً لآخر ظاناً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوده فله الرجوع به على من قبضه بغير حق.
٣- أن يفي وارث بدين يعتقد أنه متعلق بالتركة ثم يظهر أن الدين لم يكن له وجود على الإطلاق.
٤- تنفيذ وصية المورث من قبل الورثة ثم يتبين لهم أنها باطلة أو أن الموصي كان قد رجع عنها.
٥- أن يدفع شخص تعويضاً عن ضرر ظن أنه مسؤول عنه ثم يتبين عدم مسؤوليته عن ذلك.
٦- أن تتقاضى الجهة المسؤولة عن جباية الضرائب من أحد الممولين ضريبة غير واجبة أو أكثر مما يجب.
٧- أن يدفع مدين أكثر مما هو واجب عليه.

وفي جميع تلك الصور على من نفذ له التزام لا سبب له أصلاً رد ما قبضه لمن دفعه له.

ويرى الأستاذ السنهوري (رحمه الله) في كتابه الوسيط[1]: إن الدين الطبيعي يعد ديناً منعدماً كالدين المتفق على إنشائه في عقد باطل حيث يقول ((يكون الدين أخيراً منعدماً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلاً أياً كان سبب البطلان أو كان الدين ليس ديناً مدنياً بل كان طبيعياً لا جبر في تنفيذه)).

وفي رأينا المتواضع أن هذا القول غير دقيق للأسباب الآتية:-

١- الالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي ينقصه عنصر المطالبة فهو رابطة قانونية لكنها لا تخول الدائن دعوى يستطيع بمقتضاها إجبار المدين على الوفاء.

---

(١) ١٣٤٣/١. نبذة ٨٢١.

٢- قد نص صراحة على أن الدين الطبيعي موجود وليس معدوماً: التقنين المدني المصري (م/٢٠١)، والسوري (م/٢٠٣)، والليبي (م/٢٠٤)، حيث نصت هذه المواد على أنه: ((لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً)).

٣- التقادم لا يسقط الحق وإنما يسقط الدعوى، فالمدين بدين طبيعي مسؤول ديانة لا قضاءً بمقتضى قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[1]. فكل ما بذمة المدين من حقٍ للغير أمانة في عنقه وتبقى مهما طال الزمن سواء طالب به الدائن أو لا، وسواءً أكان للدين مستمسكات الإثبات أم لا.

ثانياً: حالة كون الدين غير مستحق الوفاء:

ومن صورها:-

١- أن يكون الدين معلقاً على شرط واقف فإذا تم الوفاء قبل تحقق هذا الشرط يكون الالتزام بالوفاء بلا سبب، لأن الدين في هذه الصورة لا يعد موجوداً حالاً لعدم وجود سببه رغم أنه سيوجد عندما يتحقق الشرط، فيكون باطلاً.

ومن النصوص القانونية العربية الدالة على هذه الحالة من حالات دفع غير المستحق والقبض غير المستحق: المدني العراقي (م/٢٣٣/١)، والمصري (م/١٨٢)، والسوري (م/١٨٣)، والليبي (م/١٨٥)، واللبناني (م/١٤٥)، والتونسي (فصل ٧٥)، والمراكشي (فصل ٧٦). حيث تنص هذه المواد على أنه يصح استرداد ما دفع من غير المستحق إذا كان الوفاء تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه.

٢- كون الدين مضافاً إلى أجل واقف وكان الوفاء قبل هذا الأجل ويكون حكمه حكم الدين المعلق على الشرط الواقف فقبضه قبل الأجل قبض غير مستحق يجب على القابض رده.

---

[1] سورة النساء/ ٥٨.

ثالثاً: حالة كون الدين قائماً ومستكملاً كل عناصر وجوده ومتعلقاً بذمة الموفي ولكنه مؤجل التنفيذ:

لذا اعتبر القانون هذا الوفاء قبل حلول الأجل غير مستحق الدفع إذا كان الموفي يجهل الأجل أو كان يعلمه ولكنه يعتقد أنه قد حل، غير أن النصوص القانونية العربية التي عالجت هذه الحالة نصت على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن بأن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل[1].

أما إذا كان عالماً بكون الدين مؤجلاً وأن الأجل لم يحل بعد فإنه يعد متنازلاً عن حقه في الأجل وما يترتب عليه من الأثر ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

ومن النصوص القانونية الدالة على هذه الحالة: العراقي (١/٢٣٥)، والمصري (م/١٨٣)، والسوري (م/١٨٤)، والليبي (م/١٨٦)، واللبناني (م/١٨٤)، حيث نصت هذه المواد على أنه ((إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفي جاهلاً قيام الأجل......)).

---

[1] الوسيط/ للسنهوري ١/١٣٤٤. النظرية العامة للالتزامات للأستاذ الدكتور حسن ذنون، ص٣٢٥، والإثراء على حساب الغير للأستاذ الدكتور مرقس، ص٢٦، ومصادر الالتزام للأستاذ الدكتور محمود جلال الدين زكي ١/٢٥٢.

المبحث الثاني
عدم صحة السبب

إذا كان سبب الالتزام عقداً باطلاً تعد الالتزامات المترتبة على العقد – على تقدير صحته – باطلاً.

ويكون العقد باطلاً إذا تخلف شرط من شروط انعقاده الآتية:-

١- إذا لم تتوافق الإرادتان بأن كان أحد العاقدين عديم التمييز أو لم تتقابل الإرادتان في الوقت المناسب أو تقابلتا ولم تكونا متطابقين.

٢- إذا كان محل العقد معدوماً ولم يعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر، أو كان غير مشروع.

٣- أو كان تعهد الملتزم دون سبب، أو لسبب موهوم أو غير مشروع.

٤- إذا اشترط القانون شرطاً خاصاً وجعل جزاءه البطلان، كما في شرط تعيين المدة في عقد الوعد.

٥- إذا تخلفت الشكلية المقررة قانوناً لصحته كما في بيع العقار في العراق بدون تسجيله في الدائرة المختصة[١].

ويعد العقد الباطل عديم الأثر فإذا اكتشف البطلان قبل تنفيذ العقد لا يلتزم أي من العاقدين بتنفيذ التزامه، وإذا نفذ وجب رد ما سبق تنفيذه لأن سببه غير صحيح[٢].

لكن إذا تحول العقد الباطل الذي قصد الطرفان إبرامه إلى عقد من نوع آخر تتوافر فيه عناصره في العقد الباطل يتحول تلقائياً إلى هذا العقد ويكون سبباً صحيحاً للالتزام.

وعلى سبيل المثل من اتفق مع شخص على أن يكون وارثاً له دون وجود سبب الميراث من القرابة أو الزوجية الصحيحة ويبطل هذا الاتفاق فيتحول إلى الوصية.

---

(١) المدني العراقي القائم (م/٥٠٨).

(٢) يُنظر أصول الالتزامات للدكتور سليمان مرقس، ص٢١٣ وما يليها.

المبحث الثالث
عدم مشروعية السبب

ومن صور هذه الحالة:-

١- قبض الرشوة وللراشي حق استردادها وعلى المرتشي رد ما قبضه من الراشي لأنه قبض غير مستحق مبني على سبب غير مشروع.
٢- من يهب لأمرأة مالاً لبناء علاقة غير مشروعة معها أو لاستمرارها على تلك العلاقة إذا كانت قائمة يحق للواهب أن يسترده وعلى القابضة رده لأن السبب غير مشروع.
٣- من دفع مالاً لشخص مقابل أن يقتل شخصاً بريئاً أو يسرق منه مالاً فعلى القابض رده، وللدافع استرداده لأن سبب الالتزام غير مشروع.
٤- من ربح من القمار فعلى اللاعب الرابح رد ما قبضه للخاسر لأن سبب الالتزام غير مشروع، وبالتالي يكون الالتزام باطلاً.

فكرة التلوث المانع من الاسترداد:

كانت القاعدة السائدة عند الرومان تقضي بأنه في حالات عدم مشروعية سبب الالتزام لا يكون للطرف الملوث حق استرداد ما دفعه.

وقد انتقلت هذه الفكرة إلى التقنين المدني المصري القديم الملغى لكن رفضت القوانين العربية الحديثة تبني هذه الفكرة بما فيها المدني المصري الجديد لما فيها من التشجيع على الفساد.

المبحث الرابع
زوال السبب بعد وجوده

وزوال السبب الصحيح المشروع يكون إما بإرادة العاقد أو بحكم القانون. والحالة الأولى تسمى في الاصطلاح الشرعي والقانوني الفسخ كما تسمى الحالة الثانية الانفساخ.

لذا توزع دراسة عنوان المبحث على ثلاثة مطالب يخصص الأول للفسخ والثاني للانفساخ والثالث للمقارنة بين الفسخ والانفساخ.

المطلب الأول
إزالة السبب بإرادة العاقد
(الفسخ)

فسخ العقد: هو حل الرابطة العقدية لسبب من الأسباب التي تبرره.

أسباب الفسخ:

العقد يفسخ بإرادة العاقدين أو أحدهما عن طريق القضاء، أو بدونه لأسباب كثيرة أهمها ما يلي:-

١- إخلال أحد العاقدين في العقود الملزمة للجانبين بالتزامه، وقد اقتصر فقهاء القانون على هذا السبب وحده، لذا قالوا لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين، ويمتنع أحدهما عن تنفيذ التزامه بعد تنفيذ الآخر التزامه أو كونه مستعداً للتنفيذ[١]. وهذا خطأ ناتج من التأثر بالفقه الغربي والقانون المدني الفرنسي النافذ.

---

[١] الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط ٧٨٨/١ وفيه (لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين... أما العقود التي لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد كالوديعة والكفالة فلا يمكن تصور الفسخ فيها).

٢- كون العقد نافذاً غير لازم بالطبيعة سواء كان بالنسبة للعاقدين كالوكالة والإعارة والوديعة والمضاربة ونحوها، أو بالنسبة لأحد العاقدين كعقد الرهن وعقد الكفالة.
ولكل عاقد في هذه العقود حق فسخ العقد بإرادته المنفردة لأنه غير لازم بالنسبة للطرفين. وعلى سبيل المثل الوكيل متطوع فله أن يتخلى عن هذا التطوع متى شاء ما لم يتعلق بالوكالة حق للغير. والموكل صاحب مصلحة فله أن يتخلى عن هذه المصلحة متى شاء ويفسخ الوكالة بإرادته المنفردة.
وعقد الرهن لازم بالنسبة للمدين الراهن فلا يستطيع أن يفسخه بإرادته المنفردة، ولكن للدائن المرتهن حق الفسخ لأن الرهن توثيق لدينه فله أن يستغني عن هذا التوثيق إذا أراد بإرادته المنفردة.
وفي عقد الكفالة العقد لازم بالنسبة للكفيل فليس له حق الفسخ بإرادته المنفردة، بخلاف المكفول له فله ذلك إذا شاء.
٣- الخيارات: وهي كثيرة منها خيار الشرط كشرط خيار مؤقت لأحد العاقدين أو كليهما أو شخص ثالث.
وكخيار العيب الخفي، والعيب كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح للآخر إذا غلب في المبيع عدمه. والخفي عيب لا يدركه إلا من له الخبرة في الموضوع. وكخيار المجلس فكل منهما بالخيار ما لم يتفرقا.
٤- خيانة الأمانة في بياعات الأمانة: وهي المرابحة (البيع بثمن الشراء مع نسبة من الربح)، والوضيعة أو المواضعة (البيع بثمن الشراء مع نسبة من الخسارة)، والتولية (البيع بثمن الشراء)، والإشراك (جعل شخص آخر شريكاً في جزء من المبيع بما يقابله من ثمن الشراء).
فإن خان البائع في بيان ثمن الشراء يحق للمشتري حق فسخ العقد.
٥- إفلاس المشتري أو إعساره قبل قبض المبيع ودفع الثمن.
٦- الظرف الطاري، بأن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حادث لم يكن متوقعاً ترتب عليه اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالاً فادحاً بحيث أصبح تنفيذ

د. حشمت أبوب ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ص٣٤١. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص٤١٣، د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص٣٩٨.

التزام أحدهما مرهقاً يهدده بخسارة.

٧- كل عقد قابل للإبطال في الفقه الغربي يكون قابلاً للفسخ لنفس السبب[1].

شروط الفسخ:

يشترط لصحة الفسخ شروط أهمها ما يلي:-

١- قيام تصرف شرعي (قانوني قابل للفسخ).

٢- وجود مبرر ذاتي أو عرضي يبرر نقض هذا التصرف.

٣- طلب ذي العلاقة بالفسخ من القضاء إذا كان تدخله ضرورياً.

٤- عدم حدوث مانع من الفسخ كالتقادم وكوجود عيب جديد لدى المشتري.

فلسفة الفسخ:

فلسفة إقرار عملية الفسخ هي عدم تحقق الغرض الذي أبرم العقد لأجله ووقوع الضرر الناشيء عن ذلك بالنسبة لأحد العاقدين.

أنواع الفسخ:

ينقسم الفسخ من حيث تكييفه إلى القضائي والاتفاقي والإرادي من جانب واحد:-

١- الفسخ القضائي: يكون في حالة عدم تنفيذ أحد العاقدين التزامه، وتنفيذ الآخر لالتزامه أو استعداده الحالي للتنفيذ.

٢- الفسخ الاتفاقي: كاتفاق الطرفين على أن يكون العقد مفسوخاً تلقائياً إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه.

٣- الفسخ بالإرادة المنفردة كما في العقود غير اللازمة بطبيعتها كالوكالة وخيار الشرط وخيار المجلس.

---

[1] يُنظر تحفة المحتاج بشرح المنهاج في الفقه الشافعي – لابن حجر (شهاب الدين أحمد الهيتمي) ٣٣٢/٤. تبيين الحقائق – للزيلعي في الفقه الحنفي ١/٤. مؤلفنا: نظرية الالتزام برد غير المستحق، ص١٤٧ وما يليها.

آثار الفسخ:

إذا فسخ العقد يزول سبب الالتزام وهو العقد فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بالأثر الرجعي كما في العقود فورية التنفيذ.

فالزوال يستند إلى وقت انعقاده فيعتبر العقد كأن لم ينعقد أصلاً فيلتزم كل من العاقدين أن يرد للآخر ما تسلمه منه، ففي عقد البيع مثلاً يرد البائع الثمن وفوائده التي حصلت لديه.

ويرد المشتري المبيع مع الزوائد التي حصلت لديه لكن لا يكون مسؤولاً عن رد ما يقابل انتفاعه به بناءً على قاعدة (الغنم بالغرم)، لأن المبيع لو هلك عنده لهلك عليه، فله غنمه مقابل هذا الغرم.

لكن إذا حصل لديه نقص في المبيع بسبب استعماله فعليه التعويض.

أما في العقد مستمر التنفيذ (عقد المدة) كعقد الإجارة والإعارة فيكون أثر الفسخ بالنسبة للمستقبل فقط دون الماضي لاستحالة تحقق الأثر الرجعي في هذه الحالة.

أما أثر الفسخ بالنسبة للغير (شخص ثالث) كحق الارتفاق فيكون كالآتي:-

أ- ترد العين خالية من كل حق ثبت عليها.

ب- يستثنى من ذلك حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً وهو حسن النية فيرد المبيع مثقلاً بهذا الرهن استثناءً[1].

مع مراعاة الشروط الآتية:-

١- أن تكون ملكية محل العقد قد انتقلت إلى الراهن وقت إبرام الرهن.

٢- أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إنشاء الرهن.

٣- أن لا يكون عالماً بالسبب المبرر لفسخ العقد.

٤- أن يكون عقد الرهن صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروط انعقاده.

٥- أن يكون الرهن موثقاً بسند.

فإذا توافرت هذه الشروط يرجع محل العقد (المبيع) إلى مالكه مثقلاً بالرهن.

---

[1] في آثار العقد يراجع المواد (١٨٠) المدني العراقي، و(١٦٠) المصري، و(١٦٠) السوري، و(١٦٢) الليبي)، و(٢٤٢) اللبناني، و(٣٦) القطري، و(٢٢٢) اليمني، والفصل (٣٣٦) التونسي، و(١٠٣٦) المصري.

المطلب الثاني
زوال سبب الالتزام بحكم القانون
(الانفساخ)

الانفساخ لغة: ورد بعدة معان منها الانتقاص، والانحلال[١].

وفي الاصطلاح القانوني: انحلال الرابطة العقدية نتيجة لاستحالة تنفيذ المدين التزامه بسبب أجنبي لا يد له فيه[٢].

وعيب هذا التعريف أنه غير جامع لأن هناك أسباباً أخرى لا يشملها.

الانفساخ في الفقه الإسلامي: هو انحلال العقد إما بنفسه تلقائياً أو بإرادة المتعاقدين أو أحدهما.

وجدير بالذكر أن الفسخ فعل والانفساخ انفعال فلسفياً وبناءً على ذلك يعتبر الانفساخ نوعاً من أنواع الفسخ[٣].

أسباب الانفساخ:

سبب الانفساخ في القانون استحالة التنفيذ كما ذكرنا.

أما في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به فيرجع الانفساخ إلى أسباب أهمها ما يلي:-

١- هلاك محل العقد قبل تسليمه إلى الطرف الآخر في العقد الفوري أو بعده في عقد المدة قبل انتهائها.

٢- قوة قاهرة تحول دون انتفاع العاقد بمحل العقد كمن يستأجر فندقاً وتحول الحرب دون استخدامه إلى انتهاء مدة الإيجار.

٣- كون شخصية أحد العاقدين محل اعتبار كالطبيب المختص والفنان ونحوهما. وتوفي قبل التنفيذ.

٤- غصب محل العقد غصباً مانعاً من استرداده.

---

[١] لسان العرب – فصل الفاء – حرف الخاء ١٤/٤.

[٢] المدني العراقي (م/١٦٢)، والمصري (م/١٥٩)، والسوري (م/١٦٠).

[٣] بدائع الصنائع للكاساني في الفقه الحنفي ٣٣٤٧/٧.

٥- زوال منفعة محل العقد كلياً للعين المستأجرة قبل التنفيذ[١].

شروط استحالة التنفيذ:

استحالة التنفيذ سبب رئيس من أسباب الانفساخ بل سبب وحيد عند أكثر علماء القانون، لذا من الضروري بيان شروطها وهي:-

١- أن يصبح التنفيذ غير ممكن بأية طريقة متيسرة.

٢- أن تكون الاستحالة موضوعية ترجع إلى موضوع الالتزام بحيث يستحيل القيام بتنفيذه، فلا تكفي الاستحالة الشخصية وهي التي ترجع إلى ظروف المدين الاقتصادية.

٣- أن تكون الاستحالة مطلقة لا نسبية، فهلاك المبيع إذا كان مالاً مثلياً لا ينفسخ به العقد لإمكان تنفيذه ببديل من مثله.

٤- أن تكون الاستحالة ناتجة عن عمل أجنبي كقوة قاهرة فإذا كانت بفعل المدين لا ينفسخ العقد بل يحل محله التعويض.

٥- أن تكون بعد إبرام العقد فقبله يكون العقد باطلاً لأنه ينصب على محل غير ممكن الحصول في المستقبل.

٦- أن تكون كلية، فالهلاك الجزئي لا يؤدي إلى الانفساخ بل يخير المشتري في البيع مثلاً بين تنقيص الثمن والفسخ.

٧- أن يثبت المدين أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي[٢].

أنواع الاستحالة:

للاستحالة ثلاث حالات:-

أولاً: الاستحالة المادية، كما في الصور الآتية:-

١- كون العقد منصباً على ترميم بناء انهار قبل التنفيذ.

---

[١] البدائع – المرجع السابق – ٢٦٢٣/٦.

[٢] د. عبدالحي حجازي – النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ٣٥٤/١ – المدني العراقي (م/١٢٧). مؤلفنا: نظرية الالتزام برد غير المستحق، ص١٧٥ وما يليها.

٢- كون محل العقد عمل بناء طابق فوقاني على طابق سفلي ينهدم قبل التنفيذ.
٣- وجود عيب خفي في الأرض المنوي البناء عليها كوجود مياه جوفية فيها.
٤- وجود عيب في التصميم يخل بالهدف.

ثانياً: الاستحالة الشخصية: كموت مقاول أو طبيب أو فنان تكون شخصيته محل اعتبار.

ثالثاً: الاستحالة القانونية: كاستملاك العقار الذي ينوي صاحبه البناء عليه، أو كون المقاول ملزماً بأداء خدمة عسكرية، أو سحب الإجازة منه.

آثار الانفساخ:

١- زوال العقد وآثاره من الحقوق والالتزامات.
٢- زوال الأثر بأثر رجعي في العقد فوري التنفيذ وبالنسبة للمستقبل في العقد مستمر التنفيذ.
٣- انتفاء المسؤولية العقدية للمدين بالنسبة للتنفيذ، والمسؤولية التقصيرية بالنسبة للتعويض لعدم وجود خطأ المدين. ومن الواضح أن الخطأ عنصر في كلتا المسؤوليتين.
٤- عدم حاجة الانفساخ إلى تدخل القضاء أو ما يتعلق به من الإنذار أو رفع الدعوى.

على من تقع تبعة الهلاك؟

المقصود بتبعة الشيء: هي الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشيء بهلاكه بقوة قاهرة، وهذا الشيء هو محل العقد وموضوع الالتزام كهلاك المبيع قبل التسليم، وهلاك العين المستأجرة قبل انقضاء مدة الإجارة سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده.

والمراد بتبعة العقد تحمل الخسارة التي تترتب على زوال العقد. وعلى سبيل المثل عقد الوديعة (المال المودع) بأجر مقابل الحفاظ عليها إذا هلكت بقوة قاهرة تحمل المودع خسارة هذا الهلاك دون المودع عنده كما يتحمل المودع عنده تبعة العقد فلا يحق له المطالبة بالأجر.

ويتضح من هذا أن من يتحمل تبعة العقد قد لا يتحمل تبعة الشيء.

لكن في بعض العقود يتحملهما شخص واحد كعقد الإيجار فإذا هلكت العين المستأجرة قبل التسليم أو بعده يتحمل المؤجر خسارة هلاك العين فتهلك عليه لأنه مالكها.

كما يتحمل خسارة زوال العقد بالانفساخ حيث لا يتسحق الأجرة بعد هلاك العين.

موقف القانون وفقهاء القانون من تحمل الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك:-

١- لا خلاف بين علماء القانون في أن العقد إذا كان ملزماً لجانب واحد يكون الدائن هو المتحمل لضرر هلاك الشيء الذي هو محل العقد وموضوع الالتزام، وعلى سبيل المثل إذا هلك المال الموهوب قبل التسليم أو بعده يتحمل الموهوب له خسارة الهلاك.

٢- كذلك لا خلاف في أن المشتري في عقد البيع هو المتحمل للخسارة في الحالات الآتية:-

أ- إذا أعذر لتسلم المبيع فقصر في تسلمه.

ب- إذا كان الهلاك أثناء حبس المبيع لتقصير المشتري في تسديد الثمن.

ج- إذا كان للمشتري دخل مباشرة أو تسبباً في استحالة التنفيذ.

د- إذا تم الاتفاق على تحمل المشتري تبعة الهلاك قبل التسليم.

هـ- إذا كان الهلاك بعد التسليم.

٣- لا خلاف في أن الهلاك يكون على البائع إذا كان له يد في استحالة التنفيذ أو لم يستطع أن يثبت أنه لا يد له في حدوث استحالة التنفيذ، أو كانت الاستحالة قبل إبرام العقد، كمن باع سيارة وهي محترقة قبل العقد على تقدير القول بصحة العقد.

وكذلك لا خلاف في أن الهلاك إذا كان جزئياً فللمشتري أن يطالب بالتعويض عن نقص قيمة المبيع أو عما أصابه من ضرر بسبب الهلاك أو أن يطالب فسخ البيع مع التعويض إذا كان الهلاك الجزئي مؤثراً.

وإنما الخلاف فيما عدا الحالات المذكورة كما في الإيضاح الآتي:

أولاً: الاتجاه الذاهب إلى أن تبعة الهلاك في عقد البيع على المشتري:

ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه:-

١- القانون الروماني حيث كان التزام كل عاقد في عقد البيع منفصلاً عن التزام العاقد الآخر ومستقلاً عنه، فسقوط أحدهما لم يستلزم سقوط الآخر لعدم التلازم بينهما لا في الوجود الذهني ولا في الوجود الخارجي، لذا كان سقوط التزام البائع بهلاك المبيع لم يترتب عليه عدم التزام المشتري بدفع الثمن.

٢- القانون المدني الفرنسي القائم اتبع نفس الاتجاه الروماني حيث يؤخذ من المادتين (١١٣٨) و(١٦٢٤) أن البيع يكون في ضمان المشتري بمجرد تمام العقد، لكن من

حيث الأساس يختلف مع القانون الروماني، ففي الروماني الأساس عدم التلازم بين الالتزامين، بينما في الفرنسي الأساس إما قاعدة (الغرم بالغنم) فما دام غنم المبيع للمشتري فعليه غرمه، أو على أساس (أن هلاك المال يكون على صاحبه)، ومن الواضح أن الملكية بعد انعقاد العقد تكون للمشتري.

ومن القوانين المتأثرة بالاتجاه الفرنسي المبني على أن الملك يهلك على مالكه:

المدني الألماني (م ٤٤٠) بالنسبة للعقارات المسجلة في السجل العقاري حيث يصبح العقار بعد ذلك خارجاً عن ضمان البائع وداخلاً في ضمان المشتري. وقانون الالتزامات السويسري (م ١٨٥) حيث نصت على أن منافع المبيع ومخاطره تنتقلان إلى المشتري بمجرد إبرام العقد ما لم ينص القانون أو اتفاق العاقدين على خلاف ذلك.

وأخذ بنفس الاتجاه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المواد (٢٤٣ و ٣٩٦ و٣٩٨) منه.

ومن التشريعات التي تعتبر التسليم شرطاً وفقاً لنقل الملكية إلى المشتري القانون النمساوي والقانون الإنكليزي فهما يوقفان نقل الملكية إلى حين التسليم، ولذلك يجعلان المبيع في ضمان البائع قبل التسليم[(١)].

ثانياً: الاتجاه القائل بأن تبعة الهلاك على المدين:

بالنظر إلى الانتقادات الموجهة إلى القانون الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه: ذهب أكثر القوانين المدنية العربية الحديثة إلى أن المبيع قبل التسليم في ضمان البائع باستثناء الحالات التي استثنيت في هذه القوانين، ومنها ما يلي:-

١- حالة إعذار المشتري بتسلم المبيع[(٢)].

٢- حالة الاتفاق على أن يكون الهلاك بعد العقد وقبل القبض على المشتري.

٣- إذا وضع المشتري اليد على المبيع قبل دفع الثمن بدون إذن البائع[(٣)].

٤- تسبب المشتري في هلاك المبيع.

---

(١) يُنظر شرح القانون المدني المغربي القديم – د. أحمد نجيب الهلالي ٣٠٤/١، هامش ٤.

(٢) المدني العراقي القائم م/٥٤٧.

(٣) المدني العراقي القائم م/٥٧٨.

٥- إذا كان البيع تجارياً فتبعة الهلاك على المشتري، لأنها تدور مع الملكية وجوداً وعدماً، ويعتبر المشتري مالكاً اعتباراً من تسليم المبيع إلى عميل النقل أو إلى الناقل أو إلى الشخص المأمور بنقل الأمتعة، لأن هذا التسليم الحكمي يقوم مقام التسليم الحقيقي حيث يحق للمشتري حينئذ التصرف بالبضاعة[١].

وعلل أنصار هذا الاتجاه موقفهم هذا بأن الالتزام بالتسليم ولو أنه التزام تبعي للالتزام بنقل الملكية إلا أنه ليس التزاماً ثانوياً، إذ لن تخلص الملكية للمشتري (أي لا يتم العقد بعد من حيث الآثار) إلا بالتسليم، لأن التسليم هو الذي يُمكن المشتري من الانتفاع فعلاً بالمبيع.

ثم أن التسليم هو الذي يقي المشتري من خطر تصرف البائع في المبيع مرة ثانية للغير، لأن الغالب أن شخصاً آخر عادة لا يقدم على شراء المبيع إلا إذا كان لا يزال في حيازته.

موقف الفقه الإسلامي من تحديد من يقع عليه تبعة الهلاك:

انقسم رأي فقهاء الشريعة الإسلامية كفقهاء القانون بالنسبة لتحديد الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم إلى اتجاهين:-

اتجاه ربط تبعة الهلاك بالملكية وجوداً وعدماً على أساس أن المال يهلك على من يملكه، بينما ذهب الاتجاه الآخر وهو رأي جمهور فقهاء الشريعة إلى ربطها بالتسليم باستثناء عقد الإجارة فإن الهلاك يكون على المؤجر المالك لأنه في هذه الحالة لا يفقد ملكية الرقبة.

ومن أنصار الاتجاه الأول فقهاء الظاهرية، فقال ابن حزم (رح) في كتابه (المحلى)[٢] ((كل بيع صح ثم هلك المبيع إثر تمام البيع فمصيبته من المبتاع (المشتري) ولا رجوع له على البائع بالثمن. وكذلك كل ما طرأ عليه من عيب أو نقص سواء في كل ذلك كان المبيع غائباً أو حاضراً)).

ومن أنصار الاتجاه الثاني فقهاء الحنفية، قال المرحوم محمد قدري باشا وهو يعبر عن رأي مذهبه الحنفي[٣] ((إذا هلك المبيع عند البائع بفعله أو فعل المبيع أو بآفة سماوية بطل

---

(١) القانون التجاري العراقي القائم م/١٥٣.

(٢) ٣٧٩/٨ بند ١٤٢١

(٣) في كتابه مرشد الحيران المادة (٤٦٠).

البيع – أي انفسخ تلقائياً – ويرجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان مدفوعاً)). وإذا كان غير مدفوع يسقط وتبرأ ذمة المشتري فلا يلتزم بدفعه لزوال سببه.

وهناك اتجاه عقيم لا مبرر له تبناه بعض الفقهاء كالمالكية[١] والشافعية[٢] والأباضية[٣]. وقد ذهب هذا الاتجاه إلى تفصيل عقيم لا نجد له فيه فائدة عملية وبوجه خاص في هذا العصر المتطور اقتصادياً وحضارياً وهو التفرقة بين كون المبيع عبداً أو جارية وبين كونه ثمراً.

وللحنابلة[٤] تفصيل آخر معقول وهو التفرقة بين كون المبيع مثلياً فيهلك على البائع لجواز التنفيذ بالمثل فلا توجد الاستحالة لهذا التنفيذ. وإن كان قيمياً يكون من ضمان المشتري فهو بمثابه تلفه بعد القبض.

ويتفق الإمامية[٥] مع الحنفية في أن تبعة الهلاك على البائع مطلقاً سواء كان مثلياً أو قيمياً.

الرأي الراجح:

وفي رأينا المتواضع أن البيع إذا انفسخ بهلاك المبيع بقوة قاهرة تحمل المتعاقدان تبعة الهلاك مناصفة.

وجه تحمل البائع لنصف تبعة الهلاك هو أنه رغم تنفيذ التزامه الرئيس وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا أنه لم ينفذ التزامه الثاني الذي يلي الالتزام الأول في الأهمية وهو التسليم.

أما وجه تحمل المشتري للنصف الآخر من تبعة الهلاك فلأنه يعد مالكاً للمبيع بعد توافر أركانه وشروطه وانتفاء موانعه بدليل أن زوائده التي حصلت بعد العقد وقبل التسليم تعود ملكيتها إلى المشتري فله المطالبة بها سواء حصل التسليم أو استحال، وهذا ما لا يختلف فيه اثنان.

ثم إن الأخذ بهذه المناصفة يجمع بين الأساسين المذكورين لتحمل التبعة، أساس ربط التحمل بالتسليم، وأساس ربطه بالملكية، إضافة إلى ما في هذا الحكم من العدالة وعدم

---

[١] الشرح الصغير للدردير، ٢/١٩٥ وما يليها.
[٢] المهذب لأبي إسحاق الشيرازي ١/٢٩٦.
[٣] شرح كتاب النيل وشفاء العليل للعلامة أطفيش ٨/٥١٤.
[٤] المغني لابن قدامة ٣/٥٦٩.
[٥] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ١/٣٣٦.

إلقاء الثقل الكامل على أحد العاقدين وحده دون الآخر، إذ في القول بـأن المـدين (البـائع) هو الذي يتحمل التبعة فيه شائبة الظلم حيث يخسر الـثمن والمبيـع في وقـت واحـد دون أن يكون له أي تقصير أو ذنب رغم أن الملكية قد انتقلت فعلاً إلى شخص آخر.

وتحميــل الدائن (المشــتري) ١٠٠٪ أيضــاً فيه نوع من الإجحاف والبعد عن العدالة، لأنه يدفع الثمن مقابل لا شيء.

إزالة سبب الالتزام بالإبطال:

الإبطال في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به هو إزالة عقد منـتج لآثـاره لأنـه يحمـل في أساسه جرثومة تهدد بقائه ويسمى العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً.

ويكون العقد قابلاً للإبطال إذا اكتمل وجوده وتوافرت أركانـه ولكنـه فقـد شـرطاً مـن شروط صحة ركن الرضا، وأهم هذه الشروط أهلية الأداء الكاملة وسـلامة الرضـا أي خلـوه من عيب من عيوب الرضا، وبناءً على ذلك يكون العقد قابلاً للإبطال في إحدى حالتين:-

إحداهما إذا كان أحد عاقديه ناقص الأهلية بالنسبة إلى عقده.

وجدير بالذكر أن العقد في هذه الحالة يكون موقوفاً في القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي.

والثانية إذا شاب رضا أحد الطرفين غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

وقابلية العقد للإبطال لا ترجع إلى طبيعة هذه الأشياء وإلى المصـلحة العامـة مباشـرة، وإنما ترجع إلى الرغبة في حماية أحد العاقدين من خطر ما أصاب إرادته من مـرض يسـمى عيب الإرادة أو عيب الرضا وهو الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاسـتغلال بالنسـبة لمـن تقررت القابلية للإبطال لمصلحته[1].

وقد عالج فقهاء القانون هذا الموضوع تحت تعابير مختلفة منها: سـلامة الرضـا، وأمـراض العقد، وعيوب الإرادة، وعيوب الرضا، وصحة الرضا. لكن التعـبير الـدقيق هـو (عيـوب الإرادة) والعقد في هذه الحالة يكون عقداً نافذاً غير لازم في القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي باستثناء المدني العراقي القائم حيث شذ وخالف هذه القوانين والفقه الإسلامي واعتبر العقد في المواد (١١٢-١٢٥) لعيوب الإرادة عقداً موقوفاً، بينما العقد الموقوف هو الـذي يرجع

---

(١) يُنظر الأستاذ د. سليمان مرقس – أصول الالتزامات، ص٢٣٢ وما يليها.

سبب توقفه إما إلى نقص الأهلية أو تعلق حق الغير كما في الوصية بأكثر من ثلث التركة أو لعدم الولاية على محل العقد كما في عقد الفضولي.

ثم إن المشرع العراقي وقع في خطأ آخر وهو القول بالعقد القابل للإبطال الذي لا يوجد في التشريعات العراقية والعربية المتأثرة بالفقه الإسلامي وحتى في القانون المدني نفسه حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٣٨) على أنه: ((ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا ابطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)).

بعد أن نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه ((إذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)).

وفي هذه الفقرة أيضاً خطأ حيث استعمل المشرع تعبير (جاز) بدلاً من (وجب).

العقد القابل للإبطال والعقود ذات الصلة به:

أولاً: العقد القابل للإبطال والباطل بطلاناً مطلقاً:

يتميز الأول من الثاني بالخصائص الآتية:-

١- له وجود حقيقي قانوني بخلاف الثاني فإن وجوده صوري.
٢- تلحقه الإجازة بخلاف الثاني.
٣- ينتج آثاراً تستقر بالإجازة.
٤- يتحول إلى الصحيح بالتقادم بخلاف الثاني.
٥- مدة التقادم فيه ثلاث سنوات بخلاف الثاني فإنها (١٥) سنة بالنسبة لسقوط الدعوى.
٦- لا يتمسك به إلا من تقررت قابلية الإبطال لمصلحته بخلاف الثاني فإن لكل ذي مصلحة التمسك به.
٧- أسبابه نقص الأهلية وعيوب الإرادة بخلاف الثاني فإن أسبابه مخالفة القانون، أو النظام العام، أو الآداب العامة، أو تخلف الركن، أو شرط الانعقاد.
٨- يجوز التنازل عنه ممن تقررت القابلية للإبطال لمصلحته بخلاف الثاني فإن التنازل عنه مخالف للنظام العام، لأن أساسه حماية المصلحة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة.

٩- ليس للمحكمة الحكم بالإبطال تلقائياً بخلاف الثاني.
١٠- أساس الأول رعاية المصلحة الخاصة وأساس الثاني رعاية المصلحة العامة.
١١- في الأول الرضا موجود ولكنه معيب وفي الثاني معدوم[١].

ثانياً: العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف:

ظنّ بعض الفقهاء[٢] أن هذين العقدين مترادفان وهذا الظن خاطئ، لأن الأول مصطلح الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به، والثاني مصطلح الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به.
والمصطلحان مختلفان من الأوجه الآتية:-

١- من حيث الآثار: العقد القابل للإبطال رغم أن الفقه الغربي يعتبره عقداً فاسداً تترتب عليه جميع آثار العقد الصحيح غير أن هذه الآثار لا تستقر إلا بإجازة من تقررت القابلية للإبطال لمصلحته، بينما العقد الموقوف كالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً من حيث الآثار قبل الإجازة فهي لا تترتب عليه إلا بعد إجازة من تقررت القابلية للإبطال لمصلحته أو بالتقادم.
٢- من حيث الأسباب: أسباب قابلية الإبطال، كما ذكرنا سابقاً، أنها نقص أهلية أحد العاقدين أو إصابة إرادته بمرض (عيب) الإرادة وهي الغلط أو الإكراه أو التغرير أو الاستغلال.
بينما أسباب توقف العقد هي عدم الولاية على محل العقد أو نقص الأهلية أو تعلق حق الغير.
٣- العقد القابل للإبطال أقرب إلى الصحة منه إلى البطلان المطلق، لأنه ينتج آثاره رغم عدم استقرارها في حين أن العقد الموقوف أقرب إلى البطلان منه إلى الصحة، لأنه لا ينتج آثاره إلا بعد الإجازة.
٤- العقد القابل للأبطال يعده الفقه الغربي قسماً من العقد غير الصحيح في وقت أن الفقه الإسلامي يدخل العقد الموقوف في قسم العقد الصحيح.

---

(١) الأستاذ د. أبو ستيت، مصادر الالتزام ٢٦٠/١ وما يليها.
الأستاذ مرقس، أصول الالتزامات ٢٣٢ وما يليها.
الأستاذ توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام ٢٠١/١.
(٢) د. سليمان مرقس، أصول الالتزامات، ص٢١١.

ثالثاً: العقد القابل للإبطال والعقد الفاسد:

يعتبر فقهاء القانون العقد القابل للإبطال عقداً فاسداً بمفهوم الفقه الإسلامي، وهذا خطأ من الأوجه الآتية:

١- أسباب العقد الفاسد عند من يقول به[1] خمسة وأسباب القابلية للإبطال رغم أنها أيضاً خمسة إلا أنها تختلف وهي الإكراه، والغرر، والضرر، والربا، والشرط الفاسد. بينما أسباب القابلية للإبطال نقص الأهلية، الإكراه، والتغرير، والغلط، والاستغلال كما ذكرنا سابقاً.

٢- الفاسد في الفقه الإسلامي يفيد الملكية بعد القبض وتسمى ملكية خبيثة، لأن العقد الفاسد يجب الحكم بإلغائه قضاءً، بينما القابل للإبطال يفيد الملكية قبل القبض.

٤- الفاسد في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به يتحول إلى الصحيح بإزالة سبب الفساد، والقابل للإبطال لا يصبح صحيحاً مستقراً إلا بالإجازة.

رابعاً: العقد القابل للإبطال والعقد النافذ غير اللازم:

الصلة وثيقة بين هذين العقدين لاتفاقهما من الأوجه الآتية:-

١- كل منهما ينتج آثاره غير أنه معرض لإزالته وزوال آثاره بالفسخ في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به وفي الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به.

وجدير بالذكر أن الإبطال والفسخ في الفقه الإسلامي مترادفان.

٢- لمن يتمسك بعدم اللزوم في كل منهما حق الخيار بين الفسخ (أو الإبطال) وبين إجازته التي تسمى (الإمضاء) في الفقه الإسلامي.

٣- يتفقان من حيث أن كلا منهما قسيم للباطل بطلاناً مطلقاً، وقسيم الشيء مباين له.

لكنهما يختلفان من أوجه أخرى منها:-

١- النافذ غير اللازم صحيح لأنه قسم من العقد الصحيح، في حين أن القابل للإبطال قسم من العقد غير الصحيح، لأن الفقه الغربي يقسم العقد من حيث صفته القانونية

---

[1] يُنظر الأستاذ د. سليمان مرقس – أصول الالتزامات، ص٢٣٢ وما يليها.

– كما يأتي – إلى الباطل والصحيح، ويقسم الباطل إلى الباطل المطلق والباطل نسبياً (أو القابل للإبطال) فهو قسيم الصحيح في الفقه الغربي.

وجدير بالذكر أن في هذا الاتجاه الغربي تناقضاً واضحاً بين اعتبار العقد غير صحيح ومنتج للآثار في وقت واحد.

٢- من حيث الأسباب: فأسباب عدم لزوم العقد في الفقه الإسلامي، كما ذكرنا سابقاً وكما تأتي لاحقاً، تختلف عن أسباب قابلية العقد للإبطال وهي نقص الأهلية وعيوب الإرادة.

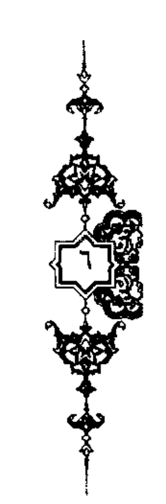
آثار إبطال العقد القابل للإبطال:

متى حكم بإبطال العقد القابل للإبطال زال سبب الالتزام وبالتالي وجبت إعادة العاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، غير أنه يستثنى من هذه القاعدة أنه إذا أبطل العقد القابل للإبطال لنقص الأهلية لا يرد ناقص الأهلية إلا ما بين يديه عيناً أو قدر ما أفاد مما لم يبق. وتعتبر المبالغ التي وفى بها ناقص الأهلية ديونه للغير والتي اشترى بها أشياء نافعة أنها مبالغ أفاد منها، أما ما أنفقه في قضاء شهواته فلا يعتبر أنه أفاد منه ولا يرده[1].

---

[1] يُنظر المدني العراقي القائم – المادة (١٣٨)، والمدني المصري القائم المادة (١٤٢).





الفصل السادس

العقد تقسيماته وأنواعه

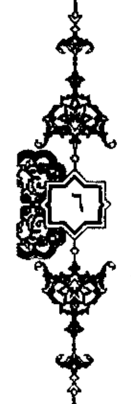
السبب كما ذكرنا سابقاً وصف ظاهر منضبط لا يختلف باختلاف الأشخاص والزمان والمكان يترتب على وجوده وجود الحكم ما لم يكن هناك مانع وعلى عدمه عدم الحكم ما لم يكن له سبب آخر[1].

وأسباب الالتزام إجمالاً نوعان: التصرف القانوني والواقعة القانونية.

أما تفصيلاً فهي أربعة: العقد والإرادة المنفردة والفعل النافع والفعل الضار.

وهذه الأسباب سماها علماء القانون مصادر الالتزام، وقد اثبتنا في الفصل الأول من هذا البحث بطلان هذه التسمية حقيقة بالأدلة المنطقية، لكن تجوز هذه التسمية مجازاً، غير أن المجاز لا يُصار إليه إلا إذا تعذرت الحقيقة.

وبناءً على ذلك يقسم دراسة عنوان هذا الفصل إلى مبحثين: يخصص الأول لتقسيمات العقد والثاني لأنواعه.



---

[1] كما في انقضاء الالتزام فله أسباب متعددة فإذا تخلف واحد منها قد يحل محله سبب آخر كوفاء الدين فإذا لم يقم المدين بوفائه ومات الدائن وانحصرت ورثته في المدين ينقضي الالتزام لاتحاد الذمة.

المبحث الأول
تقسيمات العقد من حيث التكييف القانوني

العقد ارتباط قانوني بين الإيجاب والقبول على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والعاقد.

ولفظ (العاقد) من زيادتي لأن آثار العقد هي الحقوق التي تنصب على المعقود عليه والالتزامات التي تتعلق بذمة المتعاقدين بعد انعقاد العقد صحيحاً، وقد أهمل المشرع العراقي في تعريف العقد في المادة (٧٣) المأخوذة من مرشد الحيران المادة (   ) هذه الزيادة وهذا نقص معيب، لأن آثار العقد لا تنصب على المعقود عليه فقط، بل الحقوق تنصب عليه والالتزامات تنصب على ذمة المتعاقدين.

أقسام العقد:

العقد من حيث تكييفه القانوني (الصفة القانونية) ينقسم تقسيماً ثلاثياً ورباعياً وخماسياً، وله أنواع أخرى بحيثيات مختلفة.

أولاً: أقسام العقد من حيث التكييف القانوني ثلاثة: ثلاثي ورباعي وخماسي:

كما في الإيضاح الآتي:-

أ- التقسيم الثلاثي:

قسم الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به من حيث التكييف القانوني العقد إلى الصحيح والباطل، وقسم الباطل إلى البطلان المطلق والبطلان النسبي الذي يسمى القابل للإبطال.

القسم الأول: العقد الباطل بطلاناً مطلقاً: سبق أن بينا هذا العقد في المبحث الثاني من الفصل الثالث فلا داعي إلى التكرار لكن نضيف إلى ما سبق خصائصه الآتية:-

- يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان المطلق كما للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.
- ولا يجوز النزول عن التمسك بالبطلان.

- ولا تلحقه الإجازة لأنه والمعدوم سيان.
- ودعوى البطلان لا تسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة، وهذا لا يعني أن العقد يصبح صحيحاً بالتقادم، وإنما يقصد به أنه إذا نفذ البيع الباطل مثلاً ثم أراد البائع أن يتمسك بالبطلان ليسترد المبيع أو المشتري ليسترد الثمن لم تسمع دعواه. لكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم، أي إذا طالب أحد الطرفين الطرف الآخر بتنفيذ بعض الالتزامات الناشئة منه كالالتزام بضمان المبيع مثلاً بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد جاز للمدعى عليه دفع الدعوى ببطلان العقد الذي يستند إليه المدعي على الرغم من مضي مدة تقادم الدعوى، والسر في أن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم لأن مدة التقادم فيه لا تسري إلا من وقت نشوء الحق وإمكان استعماله، وبتعبير آخر أن مدة تقادم الدعوى تبدأ من وقت إنشاء العقد بينما مدة الدفع بالبطلان تبدأ من وقت رفع الدعوى[1].

القسم الثاني: العقد القابل للإبطال: وقد سبق تفصيل هذا القسم من حيث الأسباب والمقارنة بالعقود ذات الصلة فلا مبرر للإعادة.

القسم الثالث: العقد الصحيح: وهو العقد الذي توافرت أركانه وشروط انعقاده خالياً من سبب من أسباب قابلية الإبطال.

فمتى تحققت هذه العناصر ينتج آثاره من الحقوق والالتزامات ما لم يكن هناك مانع.

ب- التقسيم الرباعي:

ذهب جمهور فقهاء الشريعة إلى الاتجاه الرباعي وتأثرت به بعض القوانين منها القانون المدني العراقي القائم كالآتي:-

القسم الأول: العقد الباطل: وهو كل عقد تخلّف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده.

القسم الثاني: العقد الصحيح الموقوف: هو عقد ينعقد صحيحاً ولكن تتوقف آثاره على إجازة من له حق الإجازة وذلك لوجود سبب من أسباب التوقف وهي نقص أهلية أحد العاقدين، أو تعلق حق الغير بمحل العقد، أو عدم الولاية عليه كما سبق بيان ذلك.

---

[1] الأستاذ مرقس — المرجع السابق، ص٢١٦ وما يليها.

القسم الثالث: العقد النافذ غير اللازم: وهو عقد صحيح توفرت فيه أركانه وشروطه لكنه معرض للفسخ لذاته كالوكالة والإعارة أو لعارض كعقد فيه خيار العيب أو خيار الشرط أو خيار الرؤية، ونحو ذلك.

القسم الرابع: العقد النافذ اللازم: وهو عقد صحيح توفرت أركانه وشروطه خالياً من أي سبب من أسباب عدم النفاذ وعدم اللزوم.

ج- التقسيم الخماسي:

وهو عبارة عن التقسيم الرباعي مضافاً فيه قسم خامس وهو العقد الفاسد.

فأنصار هذا التقسيم قالوا: العقد إما صحيح أو غير صحيح، والصحيح إما نافذ لازم أو غير نافذ (موقوف)، أو نافذ غير لازم. وغير الصحيح إما باطل أو فاسد.

وقد تزعم هذا التقسيم الخماسي بعض فقهاء الشريعة[١].

وجدير بالذكر أن المشرع العراقي أخذ بهذا التقسيم في قانون الأحوال الشخصية القائم في المادتين السادسة، والثانية والعشرين منه.

وكذلك القانون المدني الأردني القائم المادة (١٧٠)، والمدني اليمني القائم المادة (١٤٣).

أسس فساد العقد:

بنى أنصار هذا القسم فساده على ثلاثة أسس:-

الأساس الأول: التفرقة بين الاختيار والرضا، فقالوا الاختيار مباشرة السبب بإرادة حرة مدركة.

والرضا هو الرغبة في ترتب الآثار على ما بوشر به من السبب[٢]. وبينوا أن الاختيار والرضا ركنان معنويان للعقد فإذا تحققا معاً صح العقد. وإذا تخلفا معاً بطل العقد. وإذا تحقق الاختيار دون الرضا فسد كعقد المكره.

بينما ذهب جمهور فقهاء الشريعة إلى عدم هذه التفرقة بين الاختيار والرضا فقالوا: هما مترادفان.

---

(١) كالحنفية، البدائع ٣٠٨٠/٧ وما يليها. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤٣/٤ وما يليها. فتح القدير لابن الهمام ٤٠٠/٦.

(٢) شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبيدالله بن مسعود ١٩٦/٢.

والفقه الغربي مع التفرقة فالاختيار تعبير العقد والرضا إرادة أثره[1].

الأساس الثاني: التفرقة بين النهي عن العقد لذاته (ركن من أركانه) كأن يكون محل العقد غير قابل للتعامل كالنهي عن التعامل بالمخدرات والنهي عنه لوصفه اللازم (لا ينفك عنه) كالقرض الربوي، فوصفه اللازم هو الفائدة مطلقاً في الفقه الإسلامي والزيادة عما حددها القانون في القانون.

فهذه الزيادة لازمة له ما دامت متصفة بصفة ربوية، والعقد في الحالتين باطل عند جمهور فقهاء الشريعة، بينما هو باطل في الحالة الأولى وفاسد في الحالة الثانية عند أنصار القول بالعقد الفاسد.

الأساس الثالث: التفرقة بين أصل العقد ووصفه، كما في التوضيح الآتي:

قال أنصار العقد الفاسد عناصر العقد – كما يؤخذ من تعريفه – ثلاثة إجمالاً – الصيغة والعاقد والمعقود عليه – وستة تفصيلاً (الإيجاب والقبول وطرفا العقد والعوضان) ولهذه العناصر الستة شروط وهي:

١- مطابقة الإيجاب والقبول في الأمور الجوهرية.

٢- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في العقد بين الحاضرين.

٣- تعدد العاقد حقيقة أو حكماً كشراء الوكيل المال الموكل فيه لنفسه بإذن الموكل.

٤- تمييز العاقد في المعاوضات والبلوغ (إكمال الثامنة عشر) في التبرعات.

٥- كون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.

٦- كون المحل قابلاً للتعامل (متقوماً).

٧- كون المحل قابلاً للتسليم.

فهذه الشروط السبعة أصل العقد (عناصره) وشروط انعقاده، فإذا تخلف واحد منها يكون العقد باطلاً، ولكن تحققها لا يكفي لصحة العقد بل هي باستثناء الثلاثة الأولى بحاجة إلى أوصاف تكملها كالآتي:-

أ- التمييز أو العقل الذي يتركز عليه عنصر الرضا يحتاج إلى وصف مكمل وهو خلوه من الإكراه، فعقد المكره فاسد.

---

[1] وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط ١٩٦٠، ص٤٤٤ وما يليها.

ب- كون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعيين يحتاج إلى وصف مكمل وهو خلوه من الغرر، فإذا كان في تعيينه غرر يكون العقد فاسداً.

ج- كون المحل قابلاً للتعامل يحتاج إلى وصفين مكملين وهما خلوه من الربا، فالعقد الربوي فاسد، وخلوه من الشرط الفاسد، فالعقد المقترن بالشرط الفاسد فاسد.

د- كونه قابلاً للتسليم يحتاج إلى وصف مكمل وهو خلوه من الضرر، فكل تسليم يترتب عليه الضرر فاسد كما في مال مشترك غير قابل للتجزئة.

وبناءً على ما ذكر تكون الأسباب الرئيسة لفساد العقد عند أنصاره (كالحنفية) خمسة، وهي: الإكراه، والغرر، والضرر، والربا، والشرط الفاسد.

ولكن في رأينا المتواضع أن الربا يندرج تحت مفهوم الشرط الفاسد، لأن الإقراض بشرط الفائدة شرط فاسد ومفسد، فلا مبرر لاعتباره سبباً مستقلاً لفساد العقد.

وبنى فقهاء الحنفية على ما ذكر هذه القاعدة (العقد الباطل هو غير المشروع بأصله ووصفه، والعقد الفاسد هو المشروع بأصله دون وصفه).

وعلل أبو حنيفة (رح) الذي تزعم التفريق بين الباطل والفاسد هذه التفرقة بأنه لو اعتبر المشروع بأصله دون وصفه باطلاً للزمت التسوية بين غير المشروع بأصله ووصفه، وبين المشروع بأصله دون وصفه، وهذا خلاف المنطق والعقل السليم.

ولو اعتبر صحيحاً للزمت التسوية بين المشروع بأصله ووصفه، وبين المشروع بأصله دون وصفه. وهذا أيضاً خلاف العقل والمنطق.

وتظهر أهمية هذا التمييز بين الباطل والفاسد في أن سبب فساد العقد إذا أزيل بعد إبرامه يتحول تلقائياً إلى الصحيح، بخلاف الباطل فإزالة سبب البطلان لا تحوله إلى الصحيح، لذا قال العلامة السنهوري[1] ((وقد أثنى فقهاء القانون على صنيع أبي حنيفة في التفرقة المذكورة حيث أنقذ كثيراً من المعاملات المالية من الانهيار على أساس أن الفاسد يتحول إلى الصحيح تلقائياً بمجرد إزالة سبب الفساد)).

---

[1] في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي،

ثمرة التفرقة بين الباطل والفاسد:

تظهر هذه الثمرة بوضوح في المعاملات المالية، والأحوال الشخصية، والعبادات كالآتي:-

١- يتحول الفاسد في المعاملات المالية إلى الصحيح تلقائياً بمجرد إزالة سبب الفساد، بخلاف الباطل فإنه إذا أزيل سبب البطلان لا يتحول إلى الصحيح بل يجب استئنافه من جديد.

٢- في الأحوال الشخصية: إذا حصل الدخول في الزواج الفاسد تترتب عليه الآثار الشرعية الآتية لوجود شبهة الحلال بالعقد صورة رغم فساده:-

أ- إذا حصل من هذا الدخول ولد يكون نسبه شرعياً وله حقوق الولد الشرعي من الزواج الصحيح كما عليه التزاماته.

ب- تجب العدة على المدخول بها بعد التفريق بين الزوجين لفساد الزواج.

ج- يجب للمدخول بها مهر المثل على أساس التعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابها بسبب هذا الزواج والدخول.

د- تثبت بالدخول المصاهرة فتحرم المدخول بها على أصول وفروع الداخل، كما يحرم عليها أصول وفروع الداخل.

هـ- تسقط عقوبة الدخول فلا يعد جريمة الزنى لوجود الشبهة. وقد قال الرسول — صلى الله عليه وسلم — (أدرؤا الحدود بالشبهات).

٣- في العبادات: من نذر على نفسه أن يصوم يوماً مثلاً فصام في عيد رمضان أو عيد الأضحى يكون الصيام فاسداً ورغم ذلك تسقط المسؤولية فلا يحتاج الناذر إلى الصيام في يوم آخر عند من يفرق بين الباطل والفاسد ويعتبر هذا الصوم فاسداً.

المبحث الثاني
أنواع العقد الصحيح

ينقسم العقد الصحيح النافذ اللازم إلى عدة أنواع بحيثيات مختلفة:-

أولاً: من حيث ترتب الآثار:

ينقسم إلى الرضائي والشكلي والعيني.

١- العقد الرضائي: يكفي لانعقاده وترتب آثاره مجرد تراضي المتعاقدين تتوفر فيهما أهلية التعاقد كبيع المنقولات.

٢- العقد الشكلي: هو الذي لا ينعقد في التشريعات التي تعتبر الشكلية ركناً إلا باستيفاء هذه الشكلية كبيع العقارات في القانون العراقي[١] وقانون التسجيل العقاري[٢] فلا يصح ولا ينعقد ما لم يستوف هذه الشكلية.

٣- العقد العيني: هو العقد الذي ينعقد صحيحاً وينتج الالتزامات بمجرد التراضي المثل بالإيجاب والقبول ولكن لا تترتب عليه الحقوق إلا بعد القبض كهبة المنقول[٣]، فلا يتم العقد من حيث الآثار. فيترتب عليها نصفها (الالتزامات) وأما النصف الآخر (الحقوق) فلا يترتب إلا بعد القبض.

وقد خلط علماء القانون بين تمام الآثار وتمام العناصر فاعتبروا القبض من عناصر انعقاد العقود العينية كالقرض والإعارة والوديعة وهبة المنقول والرهن الحيازي على أساس تفسير لا يتم بـ (لا ينعقد).

ثمرة التقسيم:

١- مجرد التراضي يكفي في العقد الرضائي بخلاف العقدين الشكلي والعيني.

---

[١] المدني العراقي القائم (م/ ٥٠٨).

[٢] (م/٣).

[٣] (م/٦٠٣).

٢- العقد الشكلي يعد باطلاً إذا لم يستوف شكليته القانونية.
٣- يكيف العقد العيني بأنه وسط بين العقد الرضائي والعقد الشكلي، فمن حيث ترتب الالتزام بمجرد الإيجاب والقبول يشبه العقد الرضائي ومن حيث عدم ترتب الحقوق إلا بعد القبض يشبه العقد الشكلي.

ثانياً: من حيث العوض:

ينقسم العقد إلى المعاوضات والتبرعات:-
١- عقد المعاوضة: هو العقد الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلاً لما يعطي أو لما يلتزم به للآخر كالبيع، فيأخذ المشتري المبيع مقابل ثمنه الذي يدفعه للبائع، كما يأخذ البائع الثمن عوضاً عن المبيع.
٢- عقد التبرع: هو العقد الذي بموجبه لا يأخذ أحد العاقدين مقابلاً لما أعطى أو لما التزم به كما لا يعطي الآخر مقابلاً لما أخذه كالعارية والوديعة والوكالة بلا عمولة والهبة.

ثمرة التقسيم:

تظهر ثمرة التقسيم في النقاط الآتية:-
١- من حيث الأهلية: ففي المعاوضات تكفي أهلية الأداء الناقصة لانعقاد العقد رغم عدم ترتب آثاره إلا بعد الإجازة بينما في التبرعات – باستثناء الوصية[1] – يشترط توافر أهلية الأداء الكاملة.
٢- من حيث درجة الالتزام: فهي أشد في المعاوضات من الالتزام في التبرعات إذا أخل به الملتزم، وعلى سبيل المثل: إذا كانت الوديعة بأجر فهي معاوضة ويلزم المودع لديه بأن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد.
أما إذا كانت بدون أجر فهو متبرع ولا يلزم بعناية الرجل المعتاد وإنما يلزم بما يبذله من جهود في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك بأزيد من عناية الرجل المعتاد.

---

[1] مرد استثناء الوصية إلى أمرين: أحدهما عدم انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي وهو لا يتضرر مادياً بهذه الوصية. وثانيهما أن ناقص الأهلية مثل كامل الأهلية عبادته صحيحة يُثاب عليها والوصية عبادة مالية يحتاج إليها الموصي.

٣- من حيث الالتزام بضمان الاستحقاق: فلا يؤخذ به في التبرعات إلا في حدود ضيقة، فالواهب مثلاً لا يضمن استحقاق الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض (هبة الثواب) فيقدر القاضي عوضاً للموهوب له عن الضرر الذي أصابه في الحالة الأولى وأما في الحالة الثانية فلا يضمن الواهب إلا مقدار ما أعطى له الموهوب له، بخلاف المعاوضة كالبيع فإن الضمان الكامل للاستحقاق قائم.

٤- من حيث العيوب الخفية: فالضمان قائم في المعاوضات، أما في التبرعات فلا ضمان إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمن الواهب خلو الموهوب من العيب أو كان المبيع حيواناً مصاباً بمرض أدى إلى إصابة سائر حيوانات الموهوب له فعندئذٍ على الواهب تعويضه عن هذا الضرر.

٥- من حيث الغلط في شخص العاقد: فهو مبطل للعقد بوجه عام في التبرعات إذا كانت شخصية المتبرع له محل اعتبار للمتبرع، بخلاف المعاوضات فلا يكون مبطلاً ما لم يثبت أن شخصية العاقد كانت معتبرة حين التعاقد.

٦- من حيث دعوى عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضراراً بدائنه (الدعوى البولصية) فإنها تقبل في التبرعات بدون حاجة إلى سوء نية المتبرع له، أما في المعاوضات فلا تقبل إلا إذا أثبت الدائن سوء نية المتصرف وعلم المتصرف له بذلك[(١)].

ثالثاً: من حيث الفورية والاستمرارية:

ينقسم إلى نوعين:-

١- العقد الفوري: هو العقد الذي لا يكون للزمن دخل في تعيين محله ولو كان له دخل في تعيين أجل تنفيذه. وعلى سبيل المثل البيع عقد فوري التنفيذ بطبيعته فلا دخل للزمن في تحديد العوضين (المبيع والثمن) وإنما يعين المبيع بأوصافه الذاتية أو المشاهدة، ويعين الثمن بمقدار من النقود أو بسعر السوق، لكن كون العقد فوري التنفيذ لا يمنع تحديد أجل لتنفيذ التزامات طرفيه أو أحدهما.

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس — أصول الالتزامات، ص٤٦-٤٧.

٢- العقد المستمر أو (عقد المدة) أو (العقد الزمني): هو العقد الذي يدخل الزمن في تعيين محله ويكون عنصراً جوهرياً فيه لا عنصراً عرضياً يحدد أجل تنفيذه فقط كعقد الإجارة.

ثمرة التقسيم:

تتجلى هذه الثمرة في النقاط التالية:-

١- من حيث الفسخ يكون فسخ فوري التنفيذ بأثر رجعي، فيرجع العاقدان إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد بخلاف المستمر التنفيذ فإن ما فات منه لا يمكن رده بل يقتصر أثر الفسخ فيه على المستقبل فقط.

٢- من حيث تأثير القوة القاهرة: في العقد الفوري يقتصر تأثير القوة القاهرة التي تحول دون التنفيذ على تأجيل الوفاء إلى حين زوال القوة دون المساس بالقدر واجب الأداء، وقد يؤدي التأثير إلى انفساخ العقد إذا طال الزمن، بخلاف المستمر فإن مدة وقف التنفيذ بسبب القوة القاهرة تخصم من مدة العقد فإن طالت حتى استغرقت مدة العقد ينتهي العقد ولم يعد ثم محل لوجوده عند زوال القوة القاهرة، وعلى سبيل المثل من استأجر فندقاً في مدينة البصرة مثلاً فقامت الحرب الإيرانية العراقية وحالت دون الانتفاع به، فإذا زالت قبل انتهاء المدة ينفذ فيما بقي من الزمن ويخصم ما فات من الانتفاع فلا يستحق المؤجر الأجرة لتلك المدة الماضية.

رابعاً: من حيث التسمية والتنظيم القانوني:

ينقسم العقد إلى المسمى وغير المسمى:-

١- العقد المسمى: هو عقد خصه القانون باسم معين ونظم أحكامه بالذات وبصورة مباشرة بالنصوص القانونية.

٢- العقد غير المسمى: وهو بخلاف المسمى فلم ينظم القانون مباشرة أحكامه ولم يخصه باسم معين.

ووجه هذه التفرقة مردّه إلى كثرة تداول النوع الأول وكسبه أهمية كبيرة من الناحية العملية وقت وضع التقنين، ولكن رب عقد كان في ظل القانون السابق من النوع الثاني فأصبح نتيجة تطور الحياة الاقتصادية في ظل القانون الجديد من العقود ذات الأهمية فنظمها وخصصها باسماء تتلاءم مع طبيعتها.

ومن العقود غير المسماة في ظل القانون المدني القائم[١]: عقد التوريد وعقد الفندقة وعقد النشر، فنظمها المشروع المدني الجديد عام ١٩٨٥ الذي لم ير النور لحد الآن بعد أن اكتسبت هذه العقود أهمية كبيرة في الحياة العملية.

١- عقد التوريد[٢]: هو الذي يلتزم بمقتضاه المورد بتجهيز المورد إليه خلال مدة محددة ببضاعة معينة على دفعات متعاقبة في مواعيدها لقاء التزامه بثمنها.

٢- عقد الفندقة: هو عقد يلتزم بمقتضاه صاحب الفندق بتهيئة السكن وتقديم الخدمات للنزيل لقاء أجر في مدة محددة أو غير محددة.

٣- عقد النشر: هو الذي ينقل المؤلف بمقتضاه حقه في الانتفاع المالي لمصنفه إلى الناشر مقابل التزامه بالنشر ودفع المبلغ.

ثمرة التقسيم إلى المسمى وغير المسمى:

١- إذا عرض على المحكمة نزاع في العقد المسمى تعين على القاضي أن يبحث عن الحكم الذي يطبقه في هذا النزاع بموجب القانون الذي نظم أحكامه، لأن العقود المسماة تحكمها أولاً النصوص الخاصة بها، وإذا لم يجدها فعليه مراجعة النصوص العامة.

وإذا كان النزاع في عقد غير مسمى على القاضي أن يبحث عن حكمه في القواعد العامة للالتزامات أي النصوص العامة التي تتضمن تلك القواعد العامة.

٢- إذا لم يتمكن القاضي من استخلاص الحل المنشود عن طريق النصوص العامة فعليه اللجوء إلى النصوص الخاصة التي عالجت عقداً آخر مسمى ذا صلة بالعقد غير المسمى أو إلى استخدام المفهوم أو القياس[٣].

---

(١) الأستاذ الدكتور مرقس – المرجع السابق، ص٥٤.

(٢) التعريفات المذكورة للعقود الثلاثة هي من استنتاجاتي ومن الاستعانة بمواد المشروع (٦٨٤، ٧٨١، ٨٤٤)، ولم أنقلها من أحد لأن التعريفات الواردة في هذه المواد كانت ناقصة أو معيبة أو كانت متضمنة للحشو والزيادة.

(٣) (م/٦٠٣).

خامساً: من حيث تحديد القيمة:

ينقسم إلى العقد محدد القيمة والعقد الاحتمالي:-

١- العقد محدد القيمة: هو الذي يستطيع كل من طرفيه أن يحدد وقت إبرام العقد القدر الذي يأخذه والذي يعطيه، ففي عقد البيع مثلاً يستطيع كل من البائع والمشتري أن يعرف بالتحديد ما يأخذه من الآخر وما يعطيه له.

٢- العقد الاحتمالي: هو الذي يتوقف فيه قدر التزامات أحد طرفيه على حادث غير محقق يكون من شأنه أن يزيد أو ينقص من قدر هذه الالتزامات.

ومن تطبيقاته عقد التأمين على الحياة فلا يستطيع طرفاه أن يتبين وقت العقد عدد الأقساط التي ستستحق في ذمة المؤمن له ولا مدى التزامات المؤمن حيث يزيد عدد الأقساط بطول حياة المؤمن له، وقد يموت مبكراً فلا يدفع إلا قسطاً واحداً أو أقساطاً قليلة. ومن البدهي أن المؤمن في الحالة الأولى هو الرابح وفي الثانية تكون خسارته جسيمة.

وبناءً على احتمال الربح والخسارة سمي العقد احتمالياً.

وقد يتحول العقد محدد القيمة بطبيعته إلى عقد احتمالي بإدخال عنصر غير محقق كبيع دار مقابل مرتب مدى حياة البائع.

ثمرة التقسيم:

تترتب على هذا التقسيم ثمرة واحدة وهي أنه لا يجوز لمن أصيب بالخسارة أن يلجأ إلى الاحتجاج بالغبن والمطالبة برفعه عنه قانوناً، لأن العقد في ذاته من عقود الغرر أي التي يتوقع فيها مقدماً الغرر. فتقبله للعقد يعد قبولاً لتحمل الخسارة المتوقعة.

سادساً: من حيث المحل:

ينقسم إلى عقد العين وعقد المنفعة وعقد العمل:-

١- من العقود الواردة على الأعيان:

أ- عقد البيع: وهو عقد بمقتضاه تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري مقابل مبلغ من النقود. وإذا كانت المقابلة بين مالين لم يكن أحدهما من النقود يسمى مقايضة.

ب- عقد التوريد: وقد سبق تعريفه.

ج- عقد الصلح: وهو عقد بمقتضاه يحسم نزاع قائم أو يتوقى نزاع محتمل وذلك بتنازل كل منهما عن جزء مما يدعيه.

د- عقد القرض: وهو عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يؤدي مالاً مثلياً لآخر قابلاً للاستهلاك على أن يرد مثله خلال مدة متفق عليها.

هـ- عقد الهبة: وهو عقد يلتزم الواهب بنقل ملكية مال في حياته إلى آخر بدون مقابل أو بعوض لا يعد مقابلاً من حيث القيمة.

٢- من العقود الواردة على المنافع:-

أ- عقد الإيجار: وهو تمليك المستأجر منفعة مال مدة محددة لقاء أجرة معينة.

ب- عقد الإعارة: وهو إباحة منفعة عين غير قابلة للاستهلاك لآخر بدون مقابل لمدة معينة أو لغرض معين.

ج- عقد الفندقة: وقد سبق تعريفه.

٣- من العقود الواردة على العمل:-

أ- عقد المقاولة: وهو عقد بمقتضاه يلتزم شخص لا يكون نائباً ولا تابعاً لصاحب العمل بأن يصنع له شيئاً أو يقيم بناءً أو يقوم بعمل مقابل أجر.

ب- عقد الوكالة: هو أن يقيم شخص غيره لمباشرة تصرف قانوني يحق لنفسه أن يقوم به.

ج- عقد الوديعة: هو عقد بمقتضاه يلتزم المودَع لديه حفظ مال للمودع.

ثمرة التقسيم:

العقد الوارد على المنفعة والعمل من العقود مستمرة التنفيذ تسري عليهما أحكامها.

والعقد الوارد على الأعيان من العقود فورية التنفيذ تسري عليها أحكامها.

دور العقد في نشأة الالتزام:

اتفقت القوانين وفقهاء القانون على أن الالتزام من آثار العقد فإذا انعقد صحيحاً ترتب عليه الحقوق والالتزامات ما لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك.

وبناءً على ذلك كان المفروض أن يتفقوا على أن العقد سبب من أسباب الالتزام ورغم ذلك وقعوا في الأخطاء الآتية:-

١- قالوا: العقد سبب منشيء للالتزام ولكن يجب أن يُبحث ويُعالج لا من حيث أنه سبب للالتزام بل من حيث أنه مصدر له وهذا ما يرفضه المنطق القانوني لاختلاف ماهية كل من السبب والمصدر:

فالسبب وصف ظاهر منضبط متى تحقق بصورة صحيحة وانتفى مانعه يترتب عليه مسببه سواء كان حكماً أو أي أثر آخر وهذه الوصفية من جعل الشارع أو المشرع، لأن السبب حكم وضعي كما أن الالتزام حكم تكليفي، بينما المصدر هو الدليل الشرعي الذي يرتب المسبب على سببه ويعطيه القوة الإلزامية ويلزم الملتزم بالعمل بمقتضاه.

وبناءً على ذلك، العقد سبب لنشئة الالتزام ودليل جعله سبباً للالتزامات الشرعية هو النص الشرعي مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[1]، أي أوفوا بالالتزامات المترتبة على العقود الصحيحة، أو لنص القانون كما في المادة (٨٢٦) المدني العراقي القائم بشأن الالتزام الناشيء عن عقد المغارسة والتي نصت على أنه ((يلتزم رب الأرض بتسليمها إلى المغارس خالية من الشواغل)).

والمغارسة عقد على إعطاء أحد أرضه إلى آخر ليغرس فيها أشجاراً معلومة ويتعهد بتربيتها مدة معلومة على أن تكون الأشجار والأرض أو الأشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة.

ومن الواضح أنه لا يصح إطلاق المصدر على السبب، لأن المطلق والمطلق عليه يجب أن يكونا مترادفين من حيث الذات والماصدق[2]، كالمُعرِف والمُعرَف مع أنهما متباينان من حيث الماهية حسب ما ذكرنا.

٢- خلطوا بين سبب الالتزام وفلسفته فاعتبروا ما هو من فلسفة الالتزام وعلته الغائية وغرضه القريب أو البعيد سبباً له، وهذا أيضاً يرفضه المنطق القانوني، لأن فلسفة كل شيء غرضه القريب أو البعيد وعلته الغائية ومصلحته المقصودة ونتيجته المطلوبة وغايته المتوخاة منه. والفلسفة بهذه المعاني مؤخرة من حيث التحقق، بينما السبب مقدم من حيث الوجود، وهما أي الغرض الفلسفي والسبب متباينان من حيث الترتيب الوجودي الطبيعي والتسلسل الزمني، كما أنهما متباينان من حيث

---

(١) سورة المائدة/ ١.

(٢) وما صدق كل مصطلح هو ما يصدق عليه من الأفراد أو الجزئيات.

الماهية، فماهية الفرض (كأحد العوضين في عقود المعاوضات) هي الفلسفة وماهية السبب سبق ذكرها في الفقرة الأولى.

٣- أقروا للالتزام حسب ما ذكرنا أكثر من سبب فقالوا:

أ- العقد سبب منشيء للالتزام[١].

ب- قالوا كل من العوضين سبب الالتزام، فالسبب القصدي أو الغرض المباشر أو كما يسميه البعض[٢] السبب الفني أي الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه.

فقالوا في عقود المعاوضات كل عوض يأخذه أحد العاقدين سبب لالتزامه بما يعطيه من المقابل للمتعاقد الآخر. ومن البدهي أن هذا الغرض المباشر هو فلسفة التزام المتعاقد وليس سبباً له.

ج- السبب الدافع (الغرض البعيد) أو غير المباشر أو السبب المصلحي[٣] للالتزام. مع أن هذا الباعث الدافع الذي يسمى السبب الدافع هو فلسفة الإقدام على إبرام العقد لكن تختلف باختلاف الأشخاص حتى في عقد واحد، وعلى سبيل المثل الباعث الدافع (الفلسفة الدافعة البعيدة) لمن يبيع سيارته قد يكون إكمال البناء بثمنها أو الزواج أو علاج المرض أو فتح محل تجاري أو شراء سيارة جديدة أو نحو ذلك.

بخلاف الفلسفة القريبة (الغرض المباشر) فإنها جزء من العقد ويفتش عنها في داخله، بينما الفلسفة الدافع (الغرض البعيد الدافع) يفتش عنها في نفس العاقد، لأنه من مكنوناته وإرادته الباطنة فلا تندرج تحت مفهوم الإيجاب والقبول حين التعبير عن الإرادة الباطنة بالإرادة الظاهرة.

---

(١) الأستاذ السنهوري – الوسيط ٤٧٨/١.
الأستاذ المرقس – أصول الالتزامات ص١٤٦.
الأستاذ عبدالمجيد الحكيم – شرح القانون المدني العراقي ٢١٦/١.

(٢) منهم د. وحيد الدين سواء – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص٤٧٤.

(٣) المرجع السابق، ص٥١٣.

د- قالوا التزام كل من العاقدين في عقود المعاوضات سبب التزام الآخر أي التزام البائع مثلاً بتسليم المبيع سبب لالتزام المشتري بتسليم الثمن وتعليقاً على ذلك قال بلانيول في انتقاده للنظرية السببية[1]:

في النظرية التقليدية التي قسمت السبب إلى ثلاثة أنواع (المنشيء، والغرض المباشر، والباعث الدافع أو الغرض البعيد) إن سبب الالتزام في العقد الملزم للجانبين هو لالتزام المقابل...، وفي هذا استحالة منطقية ذلك أن الالتزامين ينشآن في وقت واحد فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر، فالأثر والمؤثر، والسبب والمسبب لا يمكن أن يكونا معاصرين[2].

إيضاح كلام بلانيول:

وهو محق في انتقاده من وجه ومخطيء من وجه آخر:

وجه إصابته في النقد هو أنه إذا افترضنا أحد الالتزامين (أ) والآخر (ب) فلو توقف (أ) على (ب) وتوقف (ب) على (أ) للزم أن يتوقف (أ) على (أ) بعد حذف المكرر في الوسط فيلزم توقف الشيء على نفسه وهو يستلزم تقدم الشيء على نفسه واللازم مستحيل وكذلك الملزوم.

وهو محق في قوله بأن الالتزامين في العقود الملزمة للجانبين متزامنان، ولكنه مخطيء في استدلاله المنطقي المذكور، لأن التوقف المذكور من الأمور العقلية والاعتبارات التصورية، والاستحالة المنطقية غير موجودة في الأمور التصورية والاعتبارية، وعلى سبيل المثل قد يتصور الإنسان اجتماع النقيضين أو ارتفاعهما بينما هما مستحيلان في خارج ذهن الإنسان والواقع. لأن الاستحالة المنطقية تكون في أمور موجودة في خارج ذهن الإنسان.

ونضيف إلى نقد بلانيول نقداً آخر وهو أن كلاً من التزام المتعاقدين من آثار العقد، وهما متساويان من هذه الحيثية، فكيف يكون أحد الأثرين سبباً للأثر الآخر في وقت واحد.

---

(١) وهو من كبار الفقهاء الفرنسيين القانونيين.

(٢) الأستاذ عبدالمجيد الحكيم — الموجز في شرح القانون المدني العراقي ١/٢٤٤.

الاستنتاج:

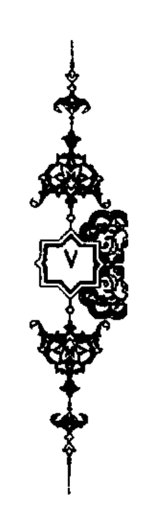
نستنتج من العرض المذكور ما يلي:-

أولاً- إن فقهاء القانون بمقتضى ما ذكرنا أقروا أربعة أسباب لمسبب واحد وهو الالتزام التعاقدي، وهذا ما يرفضه العقل السليم والمنطق القانوني، لأن كل سبب إذا كان تاماً يكفي لتحقق مسببه فكما أن معلولاً واحداً لا يجوز أن يكون له أكثر من علة تامة واحدة بالبداهة، فكذلك المسبب لا يجوز أن يتوارد عليه أكثر من سبب واحد، لأنه يكون من باب تحصيل الحاصل، وتحصيل الحاصل مستحيل باتفاق العقلاء والفلاسفة.

ثانياً- خطأ النظريات القانونية والقوانين في الخلط بين سبب الالتزام وفلسفته[١].

---

[١] لمزيد من الإطلاع على تلك النظريات والقوانين يُنظر مؤلفنا (نظرية الالتزام برد غير المستحق — دراسة مقارنة)، ص٤٤ وما يليها.

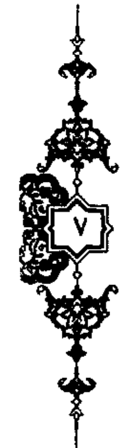


الفصل السابع

الإرادة المنفردة (التصرف الانفرادي)

التصرف الانفرادي (الإرادة المنفردة) هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل بإرادته المنفردة على وجه يرتب عليه الشرع أو القانون أثراً يعتدّ به. بخلاف العقد الذي يتكون من تطابق إرادتين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والعاقد من الحقوق والالتزامات.

وقبل الدخول في لبّ دراسة هذا الموضوع المهم من الضروري استعراض بعض من الأخطاء التي وقع فيها علماء القانون والقوانين وانتقلت من السلف إلى الخلف دون تنبه لإدراكها، ومن تلك الأخطاء ما يلي:-



أولاً- قد شاع في القوانين وشروحها تعبير (الإرادة المنفردة) بدلاً من (التصرف الانفرادي) وهذا خطأ من الأوجه الآتية:-

١- الإرادة متى أطلقت تحمل على الإرادة الباطنة بناءً على قاعدة (إذا أطلق الشيء يحمل على فرده الكامل). والفرد الكامل هو الإرادة الباطنة، لأن الإرادة الظاهرة بمثابة القالب والقشر لها، لأنها تعبير لها، ولأن القانون يحكم الظواهر.

٢- الخلط بين الوقائع والتصرفات بحصر التصرفات القانونية في الأقوال، وإطلاق الوقائع على الأعمال، وقد أثبتنا سابقاً خطأ هذا الإطلاق ولكن نعيد هنا لزيادة الفائدة القول بأن هذا الحصر مخالف للعرف والشرع وميزان المنطق:-

أ- ففي عرف العرب شاع إطلاق التصرف على القول والفعل، وعلى سبيل المثل إذا تكلم شخص بكلام غير معقول أو قام بفعل مشين أمام الناس يُقال له عادة هل هذا تصرف الإنسان العاقل؟!

ب- أطلق القرآن الكريم لفظ (عمل) ومشتقاته على الأقوال والأفعال في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَالْعَصْرِ إِنَّ الْإِنسَانَ لَفِي خُسْرٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ﴾[1].

ومن الواضح أن أكثر صالحات أعمال الإنسان أفعال سواء كانت لربه أو للناس.

ج- المنطق القانوني لا يفرق بين القول والفعل في ترتب آثار يعتد بها القانون.

د- إن التعبير عن الإرادة المنفردة غالباً في هذا العصر المتطور يتم عن طريق الأفعال من استعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة لإنشاء العقود بين الدول عن طريق الإيميل (البريد الإلكتروني) أو الكتابة أو الإشارة أو غيرها، وهذه الوسائل جميعها أعمال وليست أقوالاً.

وجدير بالذكر أنني بعد مراجعة كثير من القوانين وشروحها لم أجد استعمال تعبير (التصرف الانفرادي) بدلاً من (الإرادة المنفردة) باستثناء القانون المدني الأردني[2] الذي خصص الفصل الثاني المعنون (التصرف الانفرادي) لمعالجة هذا الموضوع فنصت المادة (٢٥٠) منه على أنه ((يجوز أن يتم التصرف بالإرادة دون التوقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء طبقاً لما يقضي به القانون)).

---

(١) سورة العصر/ ١-٣.

(٢) رقم (٤٢) لسنة ١٩٧٦.

ثانياً- قسم علماء القانون في النصوص القانونية وشروحها مصادر الالتزام إلى خمسة وهي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والكسب دون سبب (أو الإثراء بلا سبب)، والقانون. وبذلك جعلوا العمل غير المشروع والكسب دون سبب قسيماً للإرادة المنفردة (التصرف الانفرادي).

وفي ميزان المنطق قسيم كل شيء مباين له فلا يصدق أحدهما على ما يصدق عليه الآخر من الأفراد ولا يندرج أحدهما تحت مفهوم الآخر. ومن الواضح أن هذا الصنيع خطأ مخالف للمنطق القانوني، لأن كلا من العمل غير المشروع والكسب دون سبب (أو الإثراء بلا سبب) يندرج تحت مفهوم التصرف الانفرادي فهما من أقسام الإرادة المنفردة وقسم الشيء أخص من مقسمه فأينما تحقق يتحقق معه المقسم دون العكس.

ثالثاً- الكسب دون سبب (أو الإثراء بلا سبب) يندرج تحت مفهوم العمل غير المشروع أو الفعل الضار بالغير فإفراده بفصل مستقل قسيم لفصل عمل غير مشروع مخالف للمنطق القانوني كما هو مخالف للمنطق البلاغي الذي يقضي باستبعاد الحشو والتكرار في الكلام وبوجه خاص في الصياغة القانونية الفنية.

رابعاً- خلط فقهاء القانون بين العقد والتصرف الإنفرادي (الإرادة المنفردة) تحت عنوان العقد الملزم لجانب واحد حين قسموا العقود إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة فقالوا في تقسيم العقد باعتبار مدى الالتزام إلى العقد الملزم للجانبين (أو التبادلي) وهو العقد الذي ينشيء التزامات (أو حقوقاً) متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين كعقد البيع يلزم البائع بالنقل الكامل لملكية المبيع إلى المشتري ويلزم المشتري بتسليم الثمن للبائع، وإلى العقد لجانب واحد وهو الذي ينشيء التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر بحيث يكون أحد طرفيه دائناً فقط غير مدين والآخر مديناً غير دائن كما في الهبة[1].

وهذا التقسيم يرفضه المنطق القانوني لأنه من باب تقسيم الشيء (وهو العقد) إلى نفسه وإلى غيره (وهو التصرف الانفرادي) الذي ليس بعقد، لأن ماهية العقد هي مطابقة إرادتين متلاقيتين متمثلتين بالإيجاب والقبول تتوفر فيهما شروط الانعقاد بحيث تترتب على هذه الماهية الحقوق والالتزامات المتقابلة. وقد أجمع العقلاء وعلماء المنطق والفلاسفة

---

[1] يُنظر أصول الالتزامات للأستاذ الدكتور سليمان مرقس، ص٤١-٤٢، وهو من كبار فقهاء القانون في مصر الذي تبنى هذا التقسيم غير المنطقي. وكذا الأستاذ السنهوري، الوسيط ١/١٧٠، وهو من كبار فقهاء القانون في العالم العربي.

على بطلان تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره.

خامساً- إهمال علماء القانون والقوانين دور التصرف الانفرادي في سببية الالتزامات وحصر هذه السببية بالنسبة للمسائل المدنية في دائرة ضيقة محددة بالنصوص القانونية بحيث لا يترتب على التصرف الانفرادي أثر قانوني إلا في الحالات المحددة بالنص.

وعلى سبيل المثل تنص الفقرة الأولى من المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي القائم على أنه ((لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك)). وعلى هذا الأساس يخضع القانون الإرادة المنفردة لقاعدة شبيهة بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) لأنه بمقتضى هذا الاتجاه الضيق يجب أن يقال (لا ثمرة ولا مسؤولية في الإرادة المنفردة إلا بنص).

وهذا يتعارض مع إجماع علماء القانون على التمييز بين القضايا الجنائية والمدنية بأن الالتزامات الجنائية محدودة ومحصورة بخلاف الالتزامات المدنية فإنها لا تخضع للحصر والتحديد.

سادساً- ذهبت بعض النظريات القانونية إلى أبعد مما ذكرنا في معالجة الإرادة المنفردة بالنسبة للالتزامات ومنها النظرية الفرنسية القائلة بأن الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تنشيء التزاماً وإلى أن الالتزام الذي ينشأ عن عمل قانوني (الإرادة المنفردة) لا يكون مصدره إلا توافق الإرادتين (عقداً) وقد ورث القانون المدني الفرنسي هذه القاعدة من القانون الفرنسي القديم الذي ورث جذورها (النظرية) من القانون الروماني وهذا الاتجاه القانوني يفنده الواقع العملي لتطبيقات الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة، ويرفضه المنطق القانوني.

واستبعاداً للأخطاء المذكورة التي وقع فيها أكثر علماء القانون والقوانين نتبع دراسة الموضوع (التصرف الانفرادي) على النهج الآتي:

أ- استعمال التصرف الانفرادي بمعناه الشامل بدلاً من الإرادة المنفردة.

ب- تقسيم التصرف القانوني إلى الأقوال والأفعال.

ج- تقسيم الأفعال إلى الأفعال النافعة كالفضالة، والأفعال الضارة كالغصب.

د- ثم توزع دراسة التصرف الانفرادي من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث يخصص الأول للتصرفات القولية الانفرادية النافعة، والثاني للأفعال الانفرادية النافعة، والثالث للأفعال الانفرادية الضارة.

المبحث الأول
التصرفات القولية الانفرادية النافعة

التصرف الانفرادي هو كل قول أو فعل صادر عن إنسان بالغ عاقل مختار بحيث يرتب عليه القانون (أو الشرع) التزاماً دون توقف على إرادة شخص آخر، بخلاف الحق المترتب عليه فإنه قد يحتاج إلى قبول الملتزم له أو على الأقل يتوقف على عدم رفضه كالهبة والوصية وغيرهما من تبرعات التمليك بدون عوض، لكن في بعض التصرفات الانفرادية كالإسقاطات مثل الإبراء[1] والتنازل عن حق قائم[2]، والطلاق بدون عوض، والشهادة، والإقرار ونحو ذلك فلا يتوقف الأثر حقاً أو التزاماً على قبول الآخر أو عدم رفضه.

وبالنظر إلى أن التصرف الانفرادي عمل إرادي يكون أثراً لقدرة الإنسان التابعة لإرادته التابعة لإدراكه وما هو معروف في القوانين وشروحها من أنه أثر الإرادة مخالف للمنطق القانوني، لأن كل عمل إرادي قولاً أم فعلاً مشروعاً أم غير مشروع يتعلق به إدراك فاعله أولاً ثم تتعلق به إرادته الباطنة للتصميم والتخطيط وكيفية الحصول قبل مجيئه إلى حيز الوجود الخارجي ثم تتعلق به قدرته التي تتمثل في التعبير عن الإرادة الباطنة بما يدل عليها أو عملية التنفيذ لإخراج ما هو مكنون في الذهن إلى عالم الوجود الظاهري.

وجدير بالذكر أن القانون لا يحكم إلا الظواهر، بخلاف الشرع الإلهي فإنه كما يحكم الظواهر يحكم البواطن الخاضعة لإرادة الإنسان، كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْدُواْ مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللّهُ﴾[3].

ومن زعم أن هذه الآية منسوخة بآية: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[4] فقد أخطأ لأن هذه الآية ليست ناسخة وإنما هي مخصصة لعموم لفظة (ما) الموصولة التي تفيد العموم

---

[1] إذا كيف بالإسقاط لا التمليك.

[2] كالتنازل عن دية القتل الخطأ.

[3] سورة البقرة/ ٢٨٤.

[4] سورة البقرة/ ٢٨٦.

لذاتها فتخرج البواطن من الغرائز اللاإرادية، وأما الإرادية كالحسد وكتم شهادة ونحوهما فإن الإنسان يحاسب عليها ويُسأل عنها ديانة إذا لم يُسأل قضاءً أيضاً.

ومن الواضح أن أكثر التصرفات الانفرادية النافعة تبرعات، لذا يشترط فيها أهلية الأداء الكاملة باستثناء الوصية لأن الموصي لا يتضرر مادياً في حياته لعدم انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي، ولأن الوصية عبادة مالية تفيد الموصي نفعاً محضاً في حياة الآخرة.

وبالإضافة إلى شرط الأهلية الكاملة يشترط أن لا يكون رضى المتصرف مشوباً بعيب من عيوبه.

وقد سبق مفصلاً بيان مراتب الأهلية وعوارضها وموانعها وبقي البحث عن عيوب الرضا التي عادة يبحثها علماء القانون عند البحث عن عناصر العقد الذي هو تصرف مركب من تصرفين إنفراديين، ورأينا أن دراستها في بحث التصرف الانفرادي (الإرادة المنفردة) أكثر دقة، لأن العقد يتكون من تلاقي إرادتين منفردتين، وبحثها هنا أولى حتى يشمل العقد والتصرف الانفرادي معاً.

وبناءً على ذلك توزع دراسة التصرف الانفرادي على مطلبين يخصص الأول لعيوب الإرادة، والثاني لتطبيقات التصرف الانفرادي.

المطلب الأول
عيوب الإرادة (الرضا)

علماء القانون تارة يستعملون تعبير الرضا في هـذا المجـال، وتـارة يسـتعملون عيـوب الإرادة، ورغم أن كليهما يقصد به معنى واحـد إلا أن التعـبير الثـاني أصـح وأدق[١]، لأن الإرادة الباطنة نية والإرادة الظاهرة تعبير يدل على الرضـا، فالنيـة لا تنسـب إليهـا هـذه العيوب لكن التعبير الدال على الرضا قد يكون سليماً وقد يكـون مشـوباً بأحـد العيـوب المحصورة في أربعة وهي (الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال) ويخصـص لدراسـة كـل واحد من هذه العيوب فرع مستقل لزيادة الإيضاح والفائدة.

الفرع الأول
الغلط التلقائي

عرف علماء القانون الغلط بأنه: وهم يقوم بذهن الشخص فيصور لـه الأمـر علـى غـير حقيقته. أي يجعله يعتقد بوجود واقعة أو صفة غير موجودة أو العكس، أي يعتقد بعدم وجود واقعة أو وجود صفة[٢].

وعرفه البعض[٣] بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع. وقـال الـبعض[٤]: بأنه وهم يقوم في النفس فيحملها على إبرام العقد. وعرفه البعض الآخر[٥] بتعريـف قريـب من الصحة ثم رجع في تفسير تعريفه إلى الخطأ الذي وقع فيه غيره. حيث قال: (الغلط تصـور

---

(١) استعمل الأستاذ السنهوري (الوسيط ٣٠٩/١) تعبير عيوب الإرادة، واستعمل الأستاذ سليمان مرقس (أصول الالتزامات، بند ١٧١، ص١٧٤) تعبير عيوب الرضا.

(٢) الأستاذ مرقس – المرجع السابق، ص٧٥.

(٣) الأستاذ السنهوري – المرجع السابق، ٣١١/١.

(٤) الدكتور حسن الذنون – النظرية العامة للالتزامات، ص٩٠.

(٥) الدكتور إسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزامات، ص١٧٥.

غير الحقيقة) وهذا قريب من تعريفه الصحيح لكن ثم فسر كلامه هذا بما ذهب إليه غيره، فقال هو وهم يقوم في ذهن شخص فيصور له أمراً على غير حقيقته.

وعرفه الأستاذ البدراوي[١] بأنه وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد. وتفسيره للوهم بالاعتقاد خطأ في ميزان المنطق والفلسفة. وعرفه الفقيه الفرنسي سالي[٢] بأنه عدم توافق الإرادة الحقيقية (الباطنة) مع الإرادة المعبر عنها (الظاهرة) وهذا التعريف خطأ في ميزان المنطق لأنه غير مانع فيشمل العيوب الأخرى للرضا.

وخلاصة الكلام لم أجد تعريفاً صحيحاً لعلماء القانون موافقاً للمنطق القانوني حسب ما أعلم، لأن الغلط ليس وهماً دائماً وإنما هو إدراك الشيء على غير حقيقته، ولهذا الإدراك المراتب الأربع الآتية:-

١- الجهل المركب: وهو الاعتقاد الجازم الثابت غير المطابق للواقع. كاعتقاد الملحد بأن الكون جاء إلى الوجود صدفة، وهو يقع في غلط لا يعلمه ولا يعلم أنه لا يعلمه.
فهو يجهل الواقع ويجهل أنه يجهله لذلك سمي الجهل المركب.

٢- التقليد لرأي مجتهد لم يكن مصيباً في اجتهاده، فالمقلِد كمقلده له اعتقاد جازم غير ثابت وغير مطابق للواقع في الحكم الذي وصل إليه، لكن من شأن هذا الغلط أن يزول بإدراك الحقيقة أو تقليد مقلد آخر مصيب.

٣- الظن: وهو إدراك الطرف الراجح المخالف للواقع، كالقاضي الذي يظن أن المتهم مدان، ثم يتبين له أنه بريء.

٤- الوهم: وهو إدراك الطرف المرجوح لدى الشخص، لكن مخالف للواقع كمن يدرك إدراكاً مرجوحاً أنه قام بوفاء دين كان بذمته ثم يتبين له خلاف ذلك.

وبناءً على ما ذكرنا يكون تعريف علماء القانون للغلط بالوهم مخالفاً للمنطق القانوني من الأوجه الآتية:-

أ- الوهم لا يؤدي إلى الاعتقاد، لأن الثاني أقوى من الأول، وإدراك الضعيف لا يولد ما هو أقوى منه، وبتعبير آخر الوهم من التصورات والاعتقاد من التصديقات، والمقدمات التصورية لا تنتج التصديقات. بينما علماء القانون في تعريف الغلط أقروا هذا الخطأ.

---

[١] النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص٢٤٤.
[٢] نقلاً عن د.عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ١/١٣٦.

ب- الغلط ليس وهماً دائماً بل قد يكون ظناً أو تقليداً أو جهلاً مركباً كما ذكرنا.
ج- الوهم دائماً يكون تصوراً للطرف المرجوح، وتصور المرجوح دائماً يستلزم تصور راجحه في نفس الوقت، ويترتب على هذا أن من يقع في الغلط يتصور طرفين راجح ومرجوح أي يجمع بين الوهم والظن فيترك العمل بالظن ويعمل بالوهم، وهذا يتعارض مع المنطق القانوني.

أنواع الغلط:

ينقسم الغلط من حيث اختلاف المغلوط فيه وأهميته إلى ثلاثة أنواع رئيسة:-

النوع الأول: الغلط المانع:

وهو الغلط المؤثر في انعقاد العقد لعدم تطابق الإيجاب والقبول في الواقع، وعدم توافر عنصر التراضي في الحقيقة كما في الحالات الآتية:-

أ- الغلط في طبيعة العقد كأن يودع (أ) لدى (ب) شيئاً من ماله ويعتقد (ب) أنه هبة وليس وديعة.
ب- الغلط في محل العقد: كمن يشتري حلياً على أساس أنه ذهب ثم يتبين خلاف ذلك.
ج- الغلط في السبب: كعقد صلح يعقده وارث مع شخص آخر يعتقد أنه موصى له بوصية صحيحة نافذة على أن يعطيه الوارث مالاً معيناً يتفقان عليه بدلاً من الموصى به سواءً كان جزءاً من التركة أو لا ثم يتبين أن الوصية باطلة، أو أن الموصي قد عدل عنها قبل موته. ومن الواضح أن السبب في هذا الصلح هو وصية موهومة غير موجودة.
د- الغلط في وجود محل العقد: كأن يبيع شخص سيارة كانت محروقة قبل إبرام العقد والعاقدان يجهلان هذا الواقع.

فالعقد في هذه الحالات الأربع وأمثالها باطل لعدم تطابق الإيجاب والقبول وعدم توافر التراضي في الواقع.

النوع الثاني: الغلط الذي يشوب الرضا:

وهو ما يسمى بالغلط الجوهري، ويكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد على إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

كما في إحدى الحالات الآتية:-

أ- الغلط في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في الغلط، كمن يعقد مع طبيب على إجراء عملية جراحية له ظاناً أنه هو ذاك الطبيب المعروف في بلده بالحذاقة والتخصص والخبرة الطويلة ثم يتبين أنه طبيب عادي.

ب- الغلط في صفة جوهرية لمحل العقد كمن يشتري شيئاً تحفياً ظاناً أنه أثري ثم يتبين له خلاف ذلك.

ج- الغلط الجوهري في أي شيء آخر يعتبره العرف السائد في البلد غلطاً جوهرياً.

وأثر الغلط في هذه الحالات وأمثالها هو أن العقد يعد قابلاً للإبطال كما في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به ومنها القانون المدني المصري القائم (م/١٢٢) فيحق لمن تقررت القابلية للإبطال لمصلحته فسخ هذا العقد وإذا فسخ يعود المتعاقدان إلى ما كانا عليه وعلى كل قابض أن يرد ما قبضه ولكل مُعطٍ أن يسترد ما دفعه لزوال السبب.

ويعد موقوفاً في بعض القوانين على إجازة من وقع في هذا الغلط بعد انكشافه كما في القانون المدني العراقي القائم (م/١١٨).

ونافذ غير لازم في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به كما في القانون المدني الأردني القائم (م/١٥٣ أو ١٥٤).

ولكن في الحالات التي تندرج تحت النوع الثاني من الغلط على من له حق الفسخ أن يراعي حسن نية الطرف الآخر وبوجه خاص إذا أبدى استعداده لتنفيذ العقد كما يريده من وقع في الغلط[1].

النوع الثالث: الغلط غير المؤثر:

وهو الذي لا يؤثر على انعقاد العقد ولا على نفاذه ولا على لزومه كالغلط في الحالات الآتية:-

أ- الغلط في وصف غير جوهري كالغلط في لون القماش أو الورق.

ب- الغلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في التعاقد، كمن باع شيئاً بثمن أقل ظاناً أن المشتري جاره أو قريبه ثم يتبين خلاف ذلك.

---

[1] المدني العراقي (م/١١٩)، والمصري (م/١٢٤)، والأردني (م/١٥٦).

ج- الغلط في الباعث الدافع كمن يشتري سيارة ظاناً أن سيارته الأصلية مسروقة أو محروقة ثم يتبين خلاف ذلك.

د- الغلط المادي: كالغلط في الكتابة أو الحساب لإمكان تصحيح الغلط في هذه الحالة.

فالغلط في هذه الحالات وأمثالها من الأغلاط غير جوهرية وغير موجبة للفسخ بناءً على النظرية القانونية التقليدية. أما إذا أخذنا بالنظرية الحديثة التي استحدثها القضاء فإنها ذهبت إلى خلاف ذلك حيث أخذت بالباعث الدافع المعنوي دون المادي واعتبرت كل غلط دافع إلى التعاقد في أمثال الحالات المذكورة سبباً مفسداً للرضا ومستوجباً لقابلية العقد للإبطال والفسخ شأنها شأن الحالات التي تندرج تحت النوع الثاني من الغلط.

ونحن نرجح الأخذ بهذا الاتجاه الحديث، لأنه ينسجم مع المنطق القانوني ومع العدالة في المعاملات المالية[1].

وفي جميع الأحوال يشترط لتأثير الغلط وتأثر الرضا وترتب الأثر عليها توفر ما يلي[2]:

١- أن لا يكون الغلط ناشئاً عن خطأ الغالط أي عن جهل فاضح أو إهمال أو رعونة كإهماله في عدم معاينة العين المتعاقد عليها.

٢- أن يكون الغلط هو السبب الدافع إلى التعاقد.

٣- أن يكون داخلاً في دائرة التعاقد أي متصلاً بعلم المتعاقد الآخر أو كان من السهل أن يتبينه.

٤- إثبات الغلط. فعلى من يدعي أن إرادته معيبة بالغلط أن يثبت هذا الغلط الذي وقع فيه.

---

(١) يُنظر في موضوع الغلط إلى المراجع الآتية: الأستاذ مرقس – المرجع السابق، ص١٧٥ وما يليها. الأستاذ السنهوري – المرجع السابق، ١،٣١ وما يليها. الأستاذ إسماعيل غانم – المرجع السابق، ص١٧٥ وما يليها. الأستاذ د.عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، ٢٤٤/١ وما يليها. الأستاذ عبدالمجيد الحكيم – المرجع السابق، ص١٣٦ وما يليها. مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق، ص٢٠٠ وما يليها.

(٢) يُنظر القوانين المدنية العربية الآتية: العراقي (م/١١٧–١٢٠)، المصري (م/١٢٠–١٢٤)، السوري (م/١٢١–١٢٥)، الأردني (م/١٥١–١٥٦)، الكويتي (م/١٤٧–١٥٠)، اللبناني (م/٢٠٢–٢٠٧)، الجزائري (م/٨١–٨٥)، التونسي (الفصل ٤٥–٤٩)، المغربي (الفصل ٣٩–٤٥)، الموريتاني (م/٦١–٦٦)، والمدني الفرنسي (م/١١١٠).

الفرع الثاني
غلط التدليس

التغرير مصطلح الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به كالمدني العراقي القائم (م/١٢١) والتدليس مصطلح الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به كالمدني المصري (م/١٢٥). وهما مترادفان لهما حقيقة واحدة وهي: استعمال طرق احتيالية مضللة من أحد العاقدين أو شخص آخر لإيقاع المتعاقد الآخر في غلط أو استمراره على الغلط الذي وقع فيه بقصد دفعه إلى التعاقد.

الأصل في التغرير أن يكون من أحد العاقدين، وأن الوقوع في الغلط ناشيء عنه، لكن قد يكون من شخص ثالث أجنبي من العقد. فتأثيره كتأثير التغرير الصادر عن العاقد نفسه إذا كان المستفيد على علم به أو كان بإستطاعته أن يعلم به.

كما أن الغلط غالباً ناشيء عن التغرير لكن قد يكون تلقائياً وقع فيه العاقد لكن التغرير كان لغرض استمراره عليه.

الخلط بين التدليس والغلط من حيث كونه عيباً من عيوب الرضا:

من تتبع القوانين وشروحها يجد أن التدليس (التغرير) هو عيب الرضا مع أنه فعل المغرر (أو المدلس) وصفة قائمة به وأن الغلط صفة المدلس عليه ورضائه فكيف يتصور أن تكون صفة شخص عيباً لرضاء أو إرادة شخص آخر.

وبناءً على ذلك يكون التعبير الصائب في عنوان هذا الموضوع هو (غلط التدليس) بدلاً من (التدليس) أو (التغرير). وهذا الاستعمال لا يجوز إلا على سبيل المجاز، لأن المعنى الحقيقي هو الغلط الناشيء عن التدليس، والمعنى المجازي هو التدليس، والعلاقة بين المعنيين السببية فاستعمل السبب وأريدَ به المسبب.

عناصر التدليس:

ذهب فقهاء القانون[1] إلى أن عناصر التدليس اثنان مادي ومعنوي:-

١- العنصر المادي: هو الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس (التغرير).

٢- العنصر المعنوي: هو نية التضليل لدفع المضَلَّلِ إلى التعاقد.

وكما ذكرنا مراراً أن عناصر كل شيء في ميزان المنطق ما يتوقف عليه هذا الشيء وهي مسبوقة عليه في الوجود، فإذا كان العنصر جزءاً منه يسمى ركناً وإلا فيسمى شرطاً.

وبناءً على هذه الحقيقة تكون عناصر التدليس خمسة، وهي:

١- المدلس: وهو المضلل المستعمل للطرق الاحتيالية سواء أكان أحد العاقدين أم شخصاً ثالثاً أجنبياً من العقد في حالة كون العاقد المستفيد عالماً بهذا التدخل الخارجي أو كان باستطاعته أن يعلم ذلك.

٢- المدلس عليه: وهو العاقد المضلل الواقع في الغلط.

٣- المدلس به: وهو استعمال الطرق الاحتيالية المضللة.

٤- السبب الباعث: وهو تحقيق غاية غير مشروعة. فهذا السبب الباعث من حيث أنه مقدم في التصور يسمى غرضاً، ومن حيث أنه مؤخر في الوجود يسمى غاية ونتيجة ومصلحة. وهذه المصطلحات الثلاثة تساوي فلسفة التعاقد.

٥- نية التضليل لدى المدلس: فإذا انخدع شخص بعمل الغير بدون أن يقصد هذا الغير خداعه فليس للمخدوع حق طلب الفسخ على أساس الغلط الذي وقع فيه.

وعلى سبيل المثل لا يعد تدليساً انخداع أحد العاقدين بمظهر الثراء الذي يبدو على العاقد الآخر مثلاً دون أن يتعمد هذا إخداعه، وكذلك إعطاء معلومات غير صحيحة بحسن النية، لذا أن سوء نية التضليل لابُدّ أن تتمثل في سلوك خارجي كاستعمال الطرق الاحتيالية.

---

[1] منهم الأستاذ السنهوري، المرجع السابق، ٣٤٣/١، والأستاذ البدراوي، المرجع السابق، ص٢١٩، والأستاذ المرقس، المرجع السابق، ص٨٧، والأستاذ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢١٠.

شروط وآثار التدليس:

تسري على التدليس جميع شروط وآثار الغلط التلقائي بالإضافة إلى الآثار الآتية:

أولاً- التدليس عمل غير مشروع يوجب التعويض للمدلس عليه عن الضرر الناتج عنه سواء فسخ العقد أو لا على أساس المسؤولية التقصيرية.

ثانياً- اتجهت التشريعات الجزائية منذ زمن بعيد إلى اعتبار التدليس جريمة يعاقب عليها.

وعرفه علماء القانون الجنائي بتعريفات مختلفة منها تعريفه: بأنه تشويه الحقيقة في شأن واقعة يترتب عليه الوقوع في الغلط[1].

ومفاد هذا التعريف هو أن جوهر التدليس كذب، وموضوع هذا الكذب تصرف يترتب عليه خلق الاضطراب في تفكير شخص يدرك غير الحقيقة.

وأول قانون عالج التدليس على أساس الجريمة في البلاد العربية حسب ما أعلم قانون العقوبات المصري الأصلي الصادر عام ١٨٨٣ الذي نص في مادته (٢٤٥) على تجريمه وتحديد عقوبته.

ثم تلاه قانون العقوبات المصري الصادر ١٩٠٤، ثم قانون العقوبات المصري سنة ١٩٣٧ ثم قانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٤١، ثم قانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٠، ثم قانون رقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤ الذي نصت مادته الأولى على أنه: ((يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو ما يعادل قيمة السلعة (التي تم التدليس فيها) أو أيهما أكبر أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد بأية طريقة من الطرق في إحدى الأمور الآتية:-

١- ذاتية البضاعة إذا كان ما سُلم منها غير ما تم التعاقد عليه.

٢- حقيقة البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية.

٣- نوع البضاعة أو منشؤها أو أصلها أو مصدرها.

٤- عدد البضاعة أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو عيارها الخ))[1].

---

[1] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات المصري، القسم الخاص، ط١٩٨٧، ص

التدليس والغبن:

ذهب القانون المدني الفرنسي (م/١١١٦) وما يليها والقوانين المتأثرة به كالمدني المصري (م/١٢٥) إلى أن كلاً من التدليس والغبن عيب مستقل من عيوب الرضا، بينما ذهب الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به منها المدني العراقي (م/١٢١-١٢٥) إلى اعتبارهما عيباً واحداً فلا يعد التغرير (أو التدليس) وحده بدون الغبن، والغبن وحده بدون التغرير عيباً مفسداً للرضا، بالإضافة إلى شرط كون الغبن فاحشاً.

حيث نصت المادة (١٢١/١) على أنه ((إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون، فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه)). ونصت المادة (١٢٤) على أن ((مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير)).

ونرى أن هذا الاتجاه أقرب إلى الصواب والعدالة على أن يضمن المدلس بتعويض تدليس الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية، لأن التدليس في حد ذاته، وجد الغبن أو لم يوجد، عمل غير مشروع يعرض المدلس إلى مساءلة مدنية كما قد يعرضه للمساءلة الجنائية.

ونقترح تبديل تعبير (فاحش) بلفظ (جسيم) أو (فادح) لأن الأول يستعمل في باب الأخلاقيات والجرائم الأخلاقية.

تعريف الغبن:

الغبن هو عدم التعادل بين العوضين أي ما يعطيه كل من العاقدين للآخر.

وينبني على هذا التعريف ما يلي:-

١- لا يتصور الغبن إلا في عقود المعاوضة وغير الاحتمالية.

٢- معيار الغبن وعدمه هو التعادل وقت إبرام العقد فلا يعتد بالتفاوت الذي يحصل بعد العقد.

٣- من الصعب تحقق التعادل ١٠٠% لذا لا يعتد بالتفاوت اليسير في المعاملات المالية.

---

[1] لمزيد من التفصيل يُراجع الأستاذ إبراهيم المنجي، جرائم التدليس والغش، ط ١٩٩٧، ص٣٢. مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق، ص٢٢١-٢٢٤.

والتفاوت الجسيم تسري عليه أحكام الربا لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[1].

فالمراد بالبيع هو كل معاوضة يتحقق فيها التعادل والتوازن بين العوضين، كما أن المراد بالربا هو كل معاوضة فيها التفاوت الجسيم بين العوضين ينفع أحد العاقدين على حساب الآخر.

معيار التمييز بين الجسيم واليسير:

وقد أقر فقهاء الشريعة معيارين للتمييز بين الجسيم واليسير:-

أحدهما مادي: وهو التفاوت بين القيمة المادية لمحل العقد والثمن فإذا زاد عليها الثمن بما يتراوح بين ثلث القيمة و٢,٥٪ يعد الغبن جسيماً وإذا كان أقل من ٢,٥٪ يعد يسيراً.

والثاني معيار معنوي، فالجسيم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف اليسير. وعلى سبيل المثل إذا باع زيد من الناس مالاً بألف دولار مثلاً ثم إدعى أحد العاقدين بأنه مغبون غبناً جسيماً وعرض النزاع على الخبراء فإذا اتفقوا على تقدير قيمة المبيع بأكثر من ألف دولار يكون البائع مغبوناً غبناً جسيماً، وإذا اتفقوا على تقدير قيمته بأقل من ألف يكون المشتري مغبوناً غبناً فادحاً. وإذا اختلفوا فقدرها بعضهم بأكثر والبعض الآخر بأقل يكون الغبن يسيراً وهو ما يتسامح فيه في المعاملات[2].

ونكتفي بهذا القدر في بيان عناصر وأحكام التدليس والغلط الناتج عنه فمن يَرُم التفصيل فليُراجع المراجع الأخرى[3].

---

[1] سورة البقرة/ ٢٧٥.

[2] الأستاذ عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ١/١٧٠.

[3] المدني العراقي (م/١٢١-١٢٥)، والمصري (م/١٢٥-١٢٦)، والسوري (م/١٢٦-١٢٧)، والأردني (م/١٤٣-١٥٠)، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في موضوع الخداع (التدليس) (م/٢٠٨-٢٠٩)، وفي موضوع الغبن (م/٢١٣-٢١٤)، لأن اللبناني متأثر بالفقه الغربي والقانون الفرنسي (م/١١١٦). حيث اعتبر كلا من التدليس والغبن عيبا مستقلا. واليمني في التغرير م/١٨١-١٨٢)، وفي الغبن (م/١٨٣). وهذا القانون أيضاً متأثر بالفقه الغربي في استقلالية كل من الغبن والتغرير عن الآخر. والكويتي (م/١٥١-١٥٥) وهذا القانون أهمل موضوع الغبن، والمغربي في التدليس (الفصل ٥٢-٥٣)، وفي الغبن (الفصل ٥٥-٥٦) وهذا القانون أيضاً متأثر بالفقه الغربي في استقلالية كل منهما، والجزائري (م/٨٦-٨٧)، وقد أهمل هذا القانون أيضاً

الفرع الثالث
رهبة الإكراه

العيب الثالث من عيوب الرضا سماه علماء القانون خطأ الإكراه كالخطأ الذي وقعوا فيه في التدليس، وجه هذا الخطأ كما ذكرنا في التدليس هو أن الإكراه فعل المكرِه (بكسر الراء) وصفة قائمة به، والعيب صفة المكرَه (بفتح الراء) وقائمة برضاه فلا يتصور في ميزان المنطق والعقل أن تكون صفة شخص عيباً لشخص آخر أو إرادته أو رضائه. فالصواب هو استعمال (الخوف) أو (الرهبة) بدلاً من تعبير (الإكراه)، وحسناً فعل المشرع اللبناني حيث استعمل تعبير (الخوف) بدلاً من (الإكراه) في المادة (٢١٠).

ورغم أن الأستاذ السنهوري (رح) أدرك هذه الحقيقة فقال[1] الرهبة هي التي تفسد الرضا فإنه جعل تعبير الإكراه عنواناً للعيب الثالث من عيوب الإرادة.

تعريف الإكراه:

هو ضغط غير مشروع من شخص على آخر يولد رهبة في نفسه تدفعه إلى القيام بما لا يرضاه.

ولا فرق بين كون الإكراه صادراً من أحد العاقدين أو من شخص آخر أجنبي من العقد ما دام العاقد المكره يعلم به أو كان باستطاعته أن يعلمه.

فالضغط من غير الإنسان كالحيوان أو الطبيعة أو الحادث الفجائي يسمى ضرورة أو قوة قاهرة، وهي خارجة عن موضوعنا رغم التقارب الكثير بين الموضوعين من حيث الآثار.

والضغط المشروع كإكراه المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه أو المماطل وكان الدين حالاً أيضاً لا يدخل في هذا الباب.

موضوع الغبن، والتونسي في التغرير (الفصل ٥٦-٦٠) وفي الغبن (الفضل (٦١)، وهذا أيضاً اعتبر كل منهما عيباً مستقلاً.

[1] الوسيط، ١/٣٦٠، البند ١٨٧.

عناصر الإكراه:

شاع في القوانين وشروحها أن عناصر الإكراه اثنان: مادي ومعنوي.

١- العنصر المادي: مكون من عملية التهديد أو الضغط.

٢- العنصر المعنوي: هو الخوف أو الرهبة نتيجة الركن المادي.

وهذا التقسيم خاطئ من وجهين:-

أحدهما أن عناصر كل شيء كما ذكرنا سابقاً مسبوقة في الوجود على هذا الشيء، في حين أن صفة (الرهبة) أو (الخوف) معدومة قبل وجود الإكراه ولو أخذنا بهذا التقسيم الثنائي للزمت المصادرة على المطلوب (أو الدور في الاصطلاح المنطقي)، لأن الرهبة تتوقف على وجود الإكراه فلولاه لما وجدت، ولو توقف الإكراه على هذا العنصر المعنوي للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه وهذا يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم مستحيل وباطل فكذلك الملزوم وهو توقف الشيء على ما يتوقف عليه.

الوجه الثاني للخطأ هو أن عناصر كل شيء ما يتوقف عليها هذا الشيء، وبناءً على هذه الحقيقة تكون عناصر الإكراه أربعة، وهي:-

١- المكرِه (بكسر الراء): سواء كان الإكراه من أحد العاقدين أو كان من شخص ثالث يعلم به العاقد الآخر المستفيد أو كان باستطاعته أن يعلم به، وقد نصت المادة (١٢٥) من المدني المصري على هذا التعميم التي نصها: ((إذا صدر الإكراه من غير العاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه)).

ومن شروط المكره:-

أ- أن يكون قادراً على تنفيذ المهدد به بنفسه أو بالتعاون مع الغير.

ب- أن يكون جدياً في تهديده غير هازل.

ج- أن لا يكون هناك مانع من تنفيذ المهدد به كوجود نهر بينهما أو أي حائل آخر يحول دون التنفيذ أو وجود من يستعين به المكره ضد تنفيذ المهدد به.

٢- المكرَه (بفتح الراء): ومن شروطه:-

أ- أن يكون مهدداً بخطر حال يمس بالأذى مصلحته التي يحميها القانون، أو مصلحة من هو عزيز عليه كأحد الزوجين أو أحد الأبوين أو الأولاد.

ب- أن يكون عاجزاً عن دفعه بنفسه أو بالاستعانة بغيره.
ج- أن يغلب على ظنه تنفيذ المهدد به حالاً إذا لم ينفذ المكره عليه.
د- أن ينفذ المكره عليه في حدود ما طلب منه بأن لا يصدر عنه ما يدل على اختياره.
هـ- أن يؤخذ بنظر الاعتبار شخصيته من حيث الذكورة والأنوثة والصغر والكبر والحالة الصحية والاجتماعية وقوة الإرادة وضعفها وقوة القرابة ونحو ذلك.

٣- المكره عليه: ومن شروطه:-
أ- أن يكون فعلاً معيناً.
ب- أن يكون عملاً غير مشروع فإكراه المدين على تنفيذ التزامه عمل مشروع لا يدخل في هذا الباب.
ج- أن يكون خطره أقل من خطر المهدد به، فلو قال أقتل هذا وإلا أحرق سيارتك فلا يحق له قتله على أساس ذريعة الإكراه بخلاف العكس بأن يقول له إن لم تبعني سيارتك أقتلك.

٤- المهدد به: ومن شروطه:-
أن يكون المهدد به وسيلة غير مشروعة لذاتها أو لغيرها. والشقوقات المتصورة في هذه الحالة أربعة، وهي:-
أولاً- الوسيلة والغاية مشروعتان كأن يهدد الدائن مدينه بالتنفيذ على ماله إذا لم يقدم له ضماناً من الرهن أو الكفيل. فالإكراه جائز فلا يترتب عليه أثر، لأن الغاية مشروعة.
ثانياً- وسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة كأن يهدد المؤجر المستأجر بالاعتداء على حياته أو سلامته إذا لم يدفع القسط المستحق. والإكراه مشروع لأن الغاية مشروعة.
ثالثاً- كلتاهما غير مشروعة: كتهديد شخص بقتله إذا لم يوقع له على التزام بلا سبب. والغاية غير مشروعة.
رابعاً- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة كمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة فهدده بإخبار السلطة العامة عن جريمته إذا لم يكتب له سنداً بمبلغ كبير من ماله بدون سبب. والغاية غير مشروعة.

ومن الواضح أن إخبار السلطة العامة واجب عليه لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ففي هذه الصور الأربع الإكراه قائم في الصورة الثالثة والرابعة دون الأولى والثانية[1].

والحاصل: إذا كان الغرض من الضغط الوصول إلى ما هو مستحق فإن الضغط لا يكون إكراهاً، ولو كانت وسيلة غير مشروعة.

أنواع الإكراه:

ينقسم الإكراه من حيث طبيعة الوسيلة المستعملة فيه إلى ثلاثة أنواع رئيسة: الإكراه المعنوي، والمادي، والأدبي، كما يلي:

أولاً- الإكراه المعنوي:

هو تهديد المكرَه (بالفتح) بخطر يمس حقاً من حقوقه التي يحميها القانون أو حق من يكون عزيزاً عليه كأحد الزوجين أو الأبوين أو الأولاد.

وينقسم هذا النوع إلى قسمين:

القسم الأول: الإكراه الملجيء (التام): وهو ما كان بالتهديد بإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح (يقطع العظم أو اللحم) ونحوه مما يخاف منه تلف نفس أو عضو أو بإتلاف مال نفيس أو بحبس شديد أو نحو ذلك.

وهذا النوع يفسد الرضا دون الاختيار لأنه يبقى له اختيار أهون الشرين رغم ضيق هذا الاختيار.

القسم الثاني: الإكراه غير الملجيء (الناقص): وهو التهديد بالحبس البسيط أو الضرب غير المبرح أو نحوهما، وهذا النوع يختلف من حيث التأثير والتأثر باختلاف

---

[1] الوسيط، ١/٣٦٩-٣٧٠.

د. حسن ذنون، المرجع السابق، ص٨٥-٨٦.

الأستاذ حجازي، المرجع السابق، ١/٢١١.

الأستاذ أبو ستيت، ١/١٧٥.

الأستاذ عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ١/١٢٦ وما يليها.

مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق، ص٢٣١-٢٣٢.

شخصية المكره ككونه ذكراً أو أنثى صغيراً أو كبيراً، شجيعاً أو جباناً أو نحو ذلك أي بالنسبة لفساد الرضا، ولكن لا يفسد الاختيار مطلقاً.

وقد أخذ المشرع العراقي بهذا التقسيم الثنائي للإكراه المعنوي الذي هو رأي فقهاء الحنفية، وذلك في المادة (١١٢) التي نصت على أنه ((يكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق (حال) كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال، ويكون غير ملجيء إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس (أي البسيط) والضرب على أحوال الناس))[1].

ثانياً- الإكراه المادي:

وهو أن يكون الضغط مادياً بحيث يبلغ حداً من القوة لا يستطيع المكره مقاومتها، ففي هذه الحالة الإكراه يفسد الرضا والاختيار معاً ويكون التصرف المكره عليه باطلاً كمن يلزم بالقوة يد شخص فيوقع على سند مزور لا يوجد له سبب مشروع.

وجدير بالذكر أن هذا النوع من الإكراه ليس معنياً في باب عيوب الرضا، لأنه يخرج من نطاق العيب ويقرب من القوة القاهرة. وإنما المراد الإكراه الذي يفسد الرضا وفي نفس الوقت يترك للمكره شيئاً من حرية الاختيار ليختار أهون الشرين من فعل المكره عليه أو الخطر المهدد به[2].

فكل ما يتم تحت ضغط الإكراه المادي من التصرفات المركبة (العقد) أو الانفرادية لا يعتد بها ولا تترتب عليه الآثار من الحقوق والالتزامات لأنها باطلة بطلاناً مطلقاً.

ثالثاً- الإكراه الأدبي:

وأساسه يرجع إلى إطاعة المكره لأوامر من هو له نوع من القدسية والاحترام في اعتقاده كتنفيذ الابن لأمر أبيه في تطليق زوجته، وكإجازة الورثة للزيادة على أكثر من الثلث في الوصية وكانت الإجازة في حياة الموصي، وكذلك تنفيذ شخص لأمر من يعتقد وجوب تنفيذ أوامره فيرتكب جريمة تحت هذا التأثير الاعتقادي.

---

(١) أي يختلف الإكراه غير الملجيء باختلاف أحوال الناس كما ذكرنا. يُنظر المادة (١١٤) من هذا القانون.

(٢) الأستاذ مرقس، المرجع السابق، ص١٩٢.

وفي رأينا المتواضع أن هذا النوع الثالث من الإكراه لا يترتب عليه أي أثر مدني أو جنائي بالنسبة للمكره عليه، فلا يقع الطلاق تحت ضغط أدبي، ولا يعتد بإجازة الورثة للزيادة على ثلث التركة من الوصية إلا بعد وفاة الموصي، كذلك لا يُسأل جنائياً أو مدنياً شخص متصوف ينفذ جريمة تنفيذاً لأمر شيخه معتقداً أن تنفيذ هذا الأمر واجب عليه ديانةً.

وجملة الكلام أن الإكراه الأدبي لا يترتب عليه أي أثر ما لم يقترن بالخوف أو الرهبة.

وقد نص على ذلك بعض القوانين منها المدني المغربي (الفصل ٥١) الذي ينص على: ((أن الخوف المترتب على الحياء لا يقتضي الفسخ إلا إذا صحبه تهديد قوي أو الضرب)). والقانون المدني التونسي (الفصل ٥٥) الذي ينص على: ((أن الخوف الناشيء عن الاحترام لا يخول الإبطال إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية)).

آثار الإكراه:

اختلفت القوانين وآراء الفقهاء في تكييف هذه الآثار ففي الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به أثر الإكراه هو صيرورة التصرف المكره عليه إلى القابلية للإبطال، كالمدني المصري (المادة ١٢٧).

وفي الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به الأثر هو فساد التصرف على رأي الإمام أبي حنيفة (رح)، كقانون الأحوال الشخصية العراقي القائم (المادة ٦ والمادة ٢٢)، وتوقفه (عدم نفاذه) في القوانين المتأثرة برأي الشيعة الإمامية وزُفر من فقهاء الحنفية، كالمدني العراقي القائم (المادة ١٣٤).

وعدم لزوم التصرف في القوانين المتأثرة بمذهب الإمام مالك (رح)، كالمدني التونسي (الفصل ٥١).

وبطلان العقد في القوانين المتأثرة بمذهب الإمام الشافعي (رح)، كاليمني (م/١٧٩) التي نصت على أنه: ((لا يصح العقد الصادر من شخص مكره عليه، ويجب على من وقع منه الإكراه إرجاع ما كان الإكراه عليه)).

ولم يكن المشرع العراقي موفقاً في قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم بالنسبة لزواج المكره حيث نصت المادة التاسعة منه على أن ((زواج المكره باطل ما لم يتم الدخول)). وهذه المادة غير صحيحة من وجهين:-

أحدهما: لا يوجد في أي قانون من قوانين دول العالم أن يقر تحول العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إلى الصحيح بالإجازة، لأن الباطل والمعدوم سيان. ومن الواضح أن المعدوم لا تلحقه الإجازة.

والثاني: أن الدخول المعتبر إجازة قد يكون بالإكراه أيضاً.

وفي رأينا المتواضع أن زواج المكره موقوف على إجازته بعد زوال أثر الإكراه[1]، أو فاسد، والفاسد للإكراه حكمه حكم الموقوف.

الفرع الرابع
الضعف المستغل

عالج علماء القانون والقوانين هذا العيب تحت عنوان (الاستغلال) وقرنوا بين الاستغلال والغبن تحت هذا العنوان حين البحث عن العيب الرابع من عيوب الرضا (أو الإرادة).

واتفق الجميع على أن الاستغلال وحده بدون اقترانه بالغبن لا يعد من عيوب الرضا أو الإرادة مطلقاً.

وعرفوا الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه بمقتضى العقد. فهو ذاته أمر مادي بخلاف الاستغلال فإنه أمر نفسي قد يكون الغبن هو نتيجته المادية بأن ينتهز

---

(1) في موضوع الإكراه يُنظر القوانين المدنية العربية الآتية: العراقي (م/١١٢-١١٦)، المصري (م/١٢٧-١٢٨)، السوري (م/١٢٨-١٢٩)، الأردني (م/١٣٥-١٤٢)، اللبناني (م/٢١٠-٢١٢)، الكويتي (م/١٥٦-١٥٨)، الجزائري (م/٨٨-٨٩)، المغربي (الفصل ٤٦-٥١)، التونسي (الفصل ٥٠-٥٤)، اليمني (م/١٧٧-١٨٠)، الموريتاني (م/٦٩-٧١)، المدني الفرنسي (م/١١١١-١١١٥).

وفي شروح القانون، يُنظر ما يلي:

الأستاذ السنهوري، الوسيط، ٣٦٠/١ وما يليها، الأستاذ المرقس، المرجع السابق، ص١٩١ وما يليها، الأستاذ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢١٩، بند ١١٠ وما يليها، الأستاذ الذنون، المرجع السابق، ص٨٤ وما يليها، الأستاذ البدراوي، المرجع السابق، ص٢٧٧ وما يليها، الأستاذ عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص٢٣ وما يليها.

شخص ضعف الإرادة لدى آخر بسبب حاجته الملحة[١] وطيش بيِّن[٢] أو هوى جامح[٣] أو سطوة أدبية أو عدم الخبرة بحيث جعله بذلك يبرم عقداً لصالحه أو صالح آخر ينطوي حين إبرامه على عدم تناسب فادح بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يكسبه من نفع مادي أو أدبي بحيث يكون إبرامه تنكراً واضحاً لشرف التعامل وحسن النية.

كما اتفقوا على أن الغبن وحده لا يعتد به من حيث كونه عيباً مستقلاً مبرراً للمطالبة بفسخ العقد على أساس كونه قابلاً للإبطال أو موقوفاً أو غير لازم أو باطلاً حسب الاختلافات الموجودة في تكييف أثره ما لم يكن مسبوقاً بإكراه أو تدليس أو استغلال إلا في حالات استثناها القانون ككون المغبون عديم الأهلية أو ناقصها أو كون محل العقد من أموال الدولة أو الأشخاص المعنوية الأخرى العامة، أو كان لجهة الوقف، ففي هذه الحالات وأمثالها يعتد بالغبن الفادح من حيث التأثير رغم عدم سبقه بالإكراه أو التدليس أو الاستغلال.

وبناءً على ذلك كل من الاستغلال والغبن يكمل الآخر في تكوين عيب الرضا إلا أن الفرق بينهما هو أن الاستغلال وحده لا تأثير له على الرضا (أو الإرادة) وبالتالي على العقد مطلقاً في جميع الحالات، لكن يكتفى بالغبن وحده إذا كان فادحاً في حالات خاصة حددتها القوانين كما ذكرنا.

غير أن الخطأ وقع في تحديد طبيعة هذا العيب كما في العيبين السابقين (الإكراه والتدليس) بسبب الخلط بين التأثير والتأثر (أو الفعل والانفعال) فالاستغلال فعل المستغِل (بكسر الغين) وصفة قائمة به، والغبن صفة محل العقد لأنه عبارة عن عدم التوازن والتعادل بين العوضين، بينما العيب صفة قائمة برضاء (أو إرادة) المستغَل (بفتح الغين) أي الطرف المغبون.

وفي ميزان المنطق والعقل لا يتصور أن تكون صفة أحد الطرفين في التعاقد عيباً للطرف الآخر (رضائه أو إرادته)، لأن كل صفة عَرَض قائم بالغير (الجوهر)، ومن المستحيل أن يقوم عرض واحد في خارج ذهن الإنسان بمحلين.

---

(١) وهي بمثابة الضرورة.

(٢) فقدان التفكير في عواقب الأمور.

(٣) ميل النفس كالعلاقات بين الصنفين (ذكر وأنثى).

فالصواب أن يكون العنوان كما ذكرنا الضعف المستغل (ضعف إرادة المغبون المستغَل). ومنشأ هذا الضعف متعدد منه عدم الخبرة أو الحاجة الملحة أو السطوة الأدبية أو طيش بيّن أو هوى جامح ونحو ذلك.

صلة الاستغلال بالعيوب السابقة:

الاستغلال ليس مستقلاً عن الغلط أو التدليس أو الإكراه فهو يقترب منها كثيراً رغم جعله مستقلاً عنها فهو يقترب من الإكراه في حالة الهوى الجامح، ومن الغلط والتدليس في حالة الطيش البيّن، ولهذا التقارب نجد أن بعض القوانين لم يتطرق للاستغلال حين البحث عن الغبن، ومن هذه القوانين القانون المدني الأردني القائم (م/ ١٤٩)، والتونسي (الفصل ٦١)، والموريتاني (م/٧٦).

ورغم هذا التقارب يختلف الاستغلال عن سائر العيوب بميزتين:-

إحداهما: أن المدة المسقطة للدعوى في بقية العيوب ثلاث سنوات[١] من تاريخ انكشاف الغلط والتدليس وانقطاع الإكراه، بينما المدة المسقطة لدعوى الاستغلال سنة واحدة من إبرام العقد كما في المدني العراقي (م/ ١٢٥)، ومن تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة كما في القانون الكويتي (م/ ١٦١)[٢].

وفسلفة هذا الفرق في مدة سقوط الدعوى هي رغبة المشرع في حسم ما يثور من نزاع بسبب الاستغلال في أقرب وقت حتى لا يبقى مصير العقد معلقاً على دعوى يكون مجال الادعاء فيها واسعاً[٣].

والثانية: حق المغبون في الإبطال أو إنقاص الالتزام في الاستغلال في حين أن المقرر في القوانين في سائر العيوب هو حق الإبطال فقط.

---

[١] وأخذ بهذا الاتجاه المدني المصري (م/١٤٠)، واليمني (م/١٨١)، والكويتي (م/١٨٣)، والقطري (م/١٦١)، والليبي (م/١٤٠)، وسنة واحدة في المدني السوري (م/١٤١)، والظاهر أن هذا هو نفس اتجاه المدني العراقي (م/١٢٥)، وعشر سنوات كالمدني اللبناني (م/٢٣٥).

[٢] حسناً فعل المشرع الكويتي حيث ذهب في المادة (م/١٦١) إلى التفصيل الآتي: ((تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من وقت إبرام العقد على أنه إذا جاء إبرام العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية فإن سريان مدة السنة لا يبدأ إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة على أنه تسقط الدعوى على أية حال بفوات (١٥) سنة من إبرام العقد)).

[٣] يُنظر: الأستاذ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ١/١٨٦.

عناصر الاستغلال:

ذهب فقهاء القانون[1] إلى مذهبهم السابق في ثنائية العناصر في التدليس والإكراه فقالوا عناصر الاستغلال اثنان:

١- العنصر المادي (الموضوعي): هو اختلال التعادل بين التزامات العاقدين اختلالاً فادحاً، وتقدير هذه الفداحة متروك لتقدير قاضي الموضوع.

٢- العنصر المعنوي (النفسي): هو استغلال العاقد لما في المغبون من ضعف أو نقص كالهوى الجامح والطيش البيّن ونحوهما من سائر الحالات النفسية.

وهذا التقسيم الثنائي لعناصر الاستغلال معيب من الأوجه الآتية:-

أ- اختلال التوازن يحصل بعد إبرام العقد، فكيف يجعل عنصراً له مع أن عنصر الشيء ما يتوقف عليه هذا الشيء ويكون موجوداً قبله سواءً كان عنصراً معنوياً كالقصد الجنائي في الجريمة، أو مادياً كأجزاء (عناصر) السيارة التي صنعت منها.

ب- العنصر المعنوي (النفسي) أرادوا به الاستغلال نفسه، فكيف يكون الاستغلال عنصراً للاستغلال مع أن عنصر الشيء ما يتوقف عليه ويكون موجوداً قبله، فكيف يكون الشيء عنصراً لنفسه؟

ج- الصواب في ميزان المنطق القانوني أن عناصر الاستغلال هي الأربعة الآتية:-

أولاً- المستغِل (بكسر الغين): وهو العاقد الذي يستغل ضعف الطرف الآخر. ومن شروطه:-

١- أن يكون أحد العاقدين سواء كان أصيلاً أو نائباً.

٢- أن تكون نيته هي الحصول على غاية غير مشروعة لصالح نفسه أو صالح شخص آخر.

٣- أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى إبرام العقد غير المتوازن.

ثانياً- المستغَل (بفتح الغين): أو المغبون وهو العاقد الذي استغل ضعفه، ومن شروطه:-

١- أن يكون أحد العاقدين أصيلاً أو نائباً.

---

(١) منهم الأستاذ السنهوري، الوسيط ٣٩٣/١، والأستاذ حسن ذنون، المرجع السابق، ص٤١٣، والأستاذ عبدالمنعم البدراوي، المرجع السابق، ٨٧/١، والأستاذ أبو ستيت، ٦٢/١، والأستاذ إسماعيل غانم، ٢٢٣/١، والأستاذ فرج صدة، المرجع السابق، ص٢٢٤، والأستاذ حجازي، ٣١٢/١، والأستاذ عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ١٧٣/١.

٢- أن يتوافر فيه ضعف النفس من شأنه أن يستغل من الغير أياً كان منشأ هذا الضعف.

٣- أن يلحقه غبن فادح وقت إبرام العقد.

ثالثاً- المستغل فيه (محل العقد): ومن شروطه:-

١- أن يكون له مقابل بأن يكون العقد من عقود المعاوضة خلافاً لبعض القوانين كالمدني العراقي القائم (م/ ١٢٥)، حيث عممه بحيث يشمل التبرعات فنصت على: ((أن للمغبون خلال سنة طلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول في المعاوضات فإذا كان التصرف تبرعاً له في هذه المدة أن ينقضه)).

٢- أن يكون المحل في العقود محددة القيمة لا من العقود الاحتمالية.

والعقد الاحتمالي (أو عقد الغرر) هو الذي يتوقف فيه قدر التزامات أحد الطرفين على حادث غير محقق من شأنه أن يزيد أو ينقص من قدر هذه الالتزامات كعقد التأمين أو البيع مقابل مرتب معين مدى الحياة.

لأن مقتضى العقد الاحتمالي هو الغبن المتوقع لأحد الطرفين، فلا يجوز الاحتجاج به على حق الفسخ أو تعديل الالتزام، لأنه يكون حين إبرامه منطوياً على احتمال الربح والخسارة لكل من طرفيه، ولا يُعلم سلفاً أيهما الرابح وأيهما الخاسر[1].

رابعاً- الضعف المستغل به: وهو كل حالة من شأنها أن يستغلها شخص آخر لصالحه أو صالح آخر. ومن صوره:-

أ- الحاجة (حالة الضرورة) كاستغلال الطبيب حاجة المريض إلى عملية جراحية فيطلب مبلغاً باهظاً ومن الواضح أن الطبيب طرف قوي، والمريض طرف ضعيف، لأنه محتاج إلى العملية.

ب- الهوى الجامح (الرغبة الشديدة) في الحصول على شخص أو شيء مقابل أي ثمن كان.

ج- عدم الخبرة في المعاملات المالية.

د- ضعف الإدراك لسفه أو غفلة أو نحوهما.

---

[1] يُنظر: الأستاذ مرقس، المرجع السابق، ص٤٨.

الغبن اليسير والغبن الفادح:

الغبن بصوره المختلفة يصعب الاحتراز منه، لذا أجمع فقهاء الشريعة والقانون على ضرورة التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفادح، غير أنهم اختلفوا في معيار التمييز بينهما. ويمكن إرجاع هذا المعيار إلى اتجاهين: مادي وشخصي.

أولاً- الاتجاه المادي: مفاده أنه يُنظر في تقدير الغبن إلى قيمة محل التصرف الاقتصادية في حد ذاته طبقاً للقوانين التجارية الاقتصادية منها قانون العرض والطلب. والغبن في ضوء هذا الاتجاه عيب في العقد لا في الإرادة ودرجة اختلال التوازن تحدد بالرقم في النسبة بين قيمة الشيء وثمنه الأمر الذي من شأنه الوقوف عند عدم التعادل في ذاته دون التحري عن سببه ودون البحث في إرادة الطرف المغبون ولا في قصد الطرف الغابن، وبناءً على هذا يعد الغبن بذاته سبباً للطعن في العقد على أساس الاختلال بين العوضين[1].

ثانياً- الاتجاه الشخصي[2]: وفي ميزان هذا الاتجاه تكون العبرة في تقدير الغبن بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد، إذ قد يكون الشيء في حد ذاته تافهاً ولكنه كبير في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع إلى ظروفه الشخصية بأن يمثل الشيء بالنسبة إليه ذكريات تاريخية أو عائلية، أو يشبع في نفسه هواية ذاتية أو نحو ذلك.

ففي أمثال هذه الحالات والظروف لا يكون هناك غبن يبرر طلب إبطال العقد أو انقاص الالتزام إلا إذا دفع ثمناً أكثر من القيمة الشخصية، وهذا الدافع لا يكون ما لم يكن واهماً أو مخدوعاً في قيمته أو مضطراً إلى التعاقد، ولا يحصل هذا إلا نتيجة طيش أو هوى أو رعونة أو عدم خبرة أو عوز أو حاجة ماسة... وبناءً على ذلك لا يكون الغبن عيباً قائماً بذاته، بل ينبغي أن يكون مسبوقاً باستغلال أو تدليس. وتقدير فداحة اختلال التعادل متروك لسلطة القاضي التقديرية مستعيناً بأهل الخبرة.

وقد أخذت التشريعات الحديثة بهذا التصوير النفسي (الشخصي) للغبن متأثرة بفقه المذاهب الاشتراكية التي نادت بحماية الطرف الضعيف في العقد، وعملاً بمبادىء الأخلاق بعد تقدم الأفكار الاجتماعية[3].

---

(١) الأستاذ البدراوي، المرجع السابق، ٢٨٨/١.

(٢) الأستاذ السنهوري، الوسيط، ٣٨٧/١.

(٣) الأستاذ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ٢٦٦/١.

ومن مزايا هذا الاتجاه كون المعيار شخصياً مرناً وليس رقماً حدياً قد يتنافى مع العدالة كما في النظرية المادية، هذا بالإضافة إلى صيرورة الغبن الفادح نظرية عامة تنطبق على جميع العقود بما فيها التبرعات والعقود غير محددة القيمة (الاحتمالية)، ثم إن في هذا الاتجاه الشخصي عملاً بالتفريد ورعاية الظروف الخاصة في كل قضية.

إثبات الاستغلال:

بناءً على قاعدة (الأصل في الصفات العارضة العدم)[١] يكون على مدعي الاستغلال إقامة الدليل على أمرين:-

أحدهما إقامة الدليل على عدم التعادل والاختلال الفادح بين التزامات الطرفين.

والثانية على استغلال الضعف الموجود فيه.

وجدير بالذكر أن كلا الإثباتين يمكن أن يكون بجميع الطرق بما فيها القرائن، لأن الموضوع يتعلق بإثبات وقائع مادية[٢].

جزاء الاستغلال:

إذا توافرت أركان وشروط الضعف المستغل وانتفت موانعه تترتب عليه الآثار الآتية:-

أولاً- للمغبون رفع إحدى الدعويين (دعوى الإبطال ودعوى الإنقاص):-

أ- إذا رفع دعوى إنقاص الالتزام، فلا يحق للقاضي أن يسمع دعوى الإبطال ويحكم بها، لأنه عندئذٍ يقضي للمدعي بأكثر مما طلبه في دعواه، وهذا غير جائز.

وجدير بالذكر أنه لا يشترط أن يصل الإنقاص إلى رفع الغبن مطلقاً، بل يكفي رفع فداحته[٣].

وفي المدني العراقي[٤] جاز له أن ينقضه خلال سنة إذا كان التصرف تبرعاً.

ولا يجوز الطعن بالغبن ولو كان فادحاً إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقاً للقانون[٥].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٩).

(٢) الأستاذ البدراوي، المرجع السابق، ١/٢٩٥.

(٣) الأستاذ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ١/٢٣٢.

(٤) المادة (١٤٥).

(٥) المادة (٤٢٧) المدني المصري القائم.

ب- وإذا رفع المغبون دعوى الإبطال يجوز للقاضي أن يحكم بالانقاص إذا رأى في ذلك ما يكفي لإزالة أثر الاستغلال حتى يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض عليه ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن[١]. وذلك أخذاً بمبدأ استقرار المعاملات قدر الإمكان.

وفي كلتا الدعويين يجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ إبرام العقد، ومن زوال تأثير الهوى أو السطوة في حالة كون الضعف المستغل بسببهما، وبالنسبة لعديم الأهلية وناقصها ترفع الدعوى من تاريخ إكمال الأهلية.

وفي جميع الأحوال تسقط الدعوى بمضي خمس عشرة سنة من إبرام العقد[٢].

ثانياً- في بعض التشريعات يعد الاستغلال من أسباب بطلان العقد بطلاناً مطلقاً كما في المدني الألماني[٣]، وذلك لمنافاته للآداب العامة[٤].

وهذا الاتجاه يتفق مع بعض المذاهب الإسلامية كمذهب الظاهرية[٥]، ونحن نؤيد هذا الاتجاه لأنه يرجع إلى فكرة التلوث فلا يجوز أن يستفيد مسببه منه. ولأنه من باب الغش، وهو جريمة في الشريعة والقانون.

ثالثاً- اعتبر بعض التشريعات كقانون العقوبات العراقي القائم (المادة ٤٥٨) الاستغلال جريمة يعاقب عليها إذا كان المستغَل قاصرا. ونرى أن هذا اتجاه صائب لأنه يساعد على مكافحة الجرائم الاقتصادية، ولأنه حكم تؤيده العدالة والعقل والمنطق القانوني، وحسناً فعل المشرع العراقي الذي أقر هذا الاتجاه، وندعو سائر التشريعات في العالم أن تقتدي به منعاً لمن تسوّل له نفسه أن يرتكب مثل هذه الجرائم الاقتصادية المضرة بالمستهلك من جهة، والمنافية للأخلاق من جهة أخرى.

وفيما يلي نص المادة:

((١- يعاقب بالحبس من انتهز حاجة قاصر لم يتم الثامنة عشرة من عمره أو استغل هواه أو عدم خبرته وحصل منه إضرار بمصلحته أو بمصلحة غيره على مال أو سند

---

[١] المدني المصري (م/١٢٩).

[٢] المدني الكويتي القائم (م/١٦٦).

[٣] المادة (١٣٨).

[٤] الأستاذ السنهوري، الوسيط، ١/٤٠١.

[٥] المحلى، ٨/٤٤٢.

مثبت لدين أو مخالصة أو على إلغاء هذا السند أو تعديله. ويعتبر في حكم القاصر: المجنون والمعتوه والمحجور ومن حكم باستمرار الوصاية عليه بعد بلوغه الثامنة عشر.

٢- وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس إذا كان مرتكب الجريمة ولياً أو وصياً أو قيماً على المجنى عليه أو كان مكلفاً بأية صفة برعاية مصالحه سواء كان ذلك بمقتضى القانون أو بمقتضى حكم أو باتفاق خاص)).

ونكتفي بهذا القدر فيما يتعلق بالاستغلال[1].

وفي الختام أرى من الضروري أن أشير إلى نقطة هامة وهي أن كلاً من التدليس والإكراه والاستغلال يندرج تحت عنوان العمل غير المشروع الذي يندرج تحت الإرادة المنفردة كما سيأتي.

فكان المفروض أن تبحث هذه الأمور الثلاثة في موضوع العمل غير المشروع، ولكن لكون هذه الأعمال في حد ذاتها ليست أسباباً للالتزامات وإنما الأسباب الحقيقية مسبباتها وهي الغلط في التدليس، والرهبة (أو الخوف) في الإكراه، والضعف في الاستغلال، كما ذكرنا ذلك مفصلاً، لذا وجدنا أن المنطق القانوني يتطلب بحثها في عيوب الرضا (الإرادة).

---

[1] يُنظر في هذا الموضوع المصادر الآتية: المدني العراقي (م/١٢٥)، المصري (م/١٢٩)، الأردني (م/١٢٩)، اليمني (م/١٨٣)، اللبناني (م/٢١٤)، التونسي (الفصل ٦١)، الجزائري (م/٩٠)، الموريتاني (م/٧٦)، الفرنسي (م/١٦٧٤).

المطلب الثاني
التصرف القولي الانفرادي

التصرف القولي الانفرادي هو الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة الباطنة بالألفاظ، وهذا هو المعروف غالباً أو بما يقوم مقامها كالكتابة، والإشارة المفهمة، وهو من حيث الآثار ثلاثة أنواع: منشيء للالتزام وحده، أو مسقط للالتزام القائم، أو منشيء ومسقط للالتزامات في وقت واحد وبتعبير واحد.

وبناءً على ذلك، تتطلب دراسة الموضوع توزيعه على ثلاثة فروع يخصص الأول للأول، والثاني للثاني، والثالث للثالث.

الفرع الأول
التصرف القولي الانفرادي المسبب للالتزام

من الواضح أن التبرعات كلها من الأسباب المنشئة للالتزام في ذمة المتبرع، لأنه يلزم نفسه بإرادته المنفردة وهو بالغ عاقل مختار دون مقابل ما لم يكن ملزماً به سابقاً. ومن أبرز صور التبرعات بالأموال: الهبة، والوصية، وإجازة التصرف الموقوف، والوعد بالجائزة ونحوها كما في الإيجاز الآتي:

أولاً- الهبة:

الهبة تصرف قولي إنفرادي في حال الحياة، مقتضاه تمليك الغير مالاً بدون عوض.

أركان الهبة:

يؤخذ من التعريف المذكور أن أركانها أربعة، وهي:-

١- الصيغة: وهي الإيجاب فقط، كأن يقول الواهب: وهبت هذا للشخص الفلاني أو الجهة الفلانية.

٢- الواهب: وهو شخص طبيعي يشترط فيه أهلية التبرع (البلوغ، والعقل، والاختيار).

٣- الموهوب: وهو كل مال متقوم قابل للتعامل والتمليك ومملوك للواهب.
٤- الموهوب له: وهو الملتزم له بالمال الموهوب، ويجوز أن يكون معدوماً حين الإنشاء، فلا يشترط وجوده إلا حين التنفيذ.

كما يجوز أن يكـون شخصـاً معنويـاً كمؤسســة ذات نفـع عـام مثـل الجـامع والمدرسـة والمستشفى ونحو ذلك.

تكييفها:

تكيّف الهبة بأنها تصرف شرعي قانوني انفرادي غير لازم قبل القــبض، ويجــوز للواهــب الرجوع فيها في إحدى الحالات الآتية:-

١- برضاء الموهوب له.
٢- إذا أخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب.
٣- في حالة عجزه المالي وحاجته إلى المال الموهوب.
٤- إذا رزق ولد لم يكن موجوداً حين الهبة وكان الدافع هو عدم وجوده.
٥- إذا قتل الموهوب له الواهب قياساً على قتل الوارث لمورثه الذي يحرمه من الميراث.
٦- إذا كانت الهبة لغاية لم تتحقق كزوجة وهبت مهرها المؤجل لزوجها لغـرض اسـتمرار الحياة الزوجية بود واحترام متبادل ثم طلقها.

موانع الرجوع:

يمتنع الرجوع عن الهبة في الحالات الآتية:-

١- حصول زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمة المال الموهوب كإحداث ترميمات في العقـار الموهوب.
٢- موت أحدهما (الواهب أو الموهوب له).
٣- تصرف الموهوب له في المال الموهوب كبيع.
٤- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر.
٥- إذا هلك الموهوب أو استهلك.
٦- هبة الدائن الدين لمدينه[1].

---

[1] المدني العراقي (م/٦٢٠-٦٢٣) المأخوذ من الفقه الإسلامي.

آثار الهبة:

بمجرد الإيجاب من الواهب تنشيء صيغة الهبة التزاماً في ذمة الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له، لكن لا تنتقل ملكيته له إلا بعد قبضه، وهذا المعنى هو المراد من المادة (٦٠٣) من المدني العراقي القائم التي نصها: ((لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض)). أي لا تتم آثارها بل يتحقق بعضها وهو الالتزام دون البعض الآخر وهو الحق (حق الملكية) وتفسير (لا تتم) بـ (لا تنعقد) من قبل شُراح القانون خطأ، لأن التعبير لا يتجه إلى العناصر وإنما إلى الآثار، وهكذا جميع العقود العينية (الهبة، والقرض، والرهن، والإعارة، والوديعة) تنعقد بمجرد الإيجاب (أي بالإرادة المنفردة) وتنشيء الالتزام على الموجب، ولكن لا تنتقل الملكية إلا بالقبض[1].

وسبب الالتزام في الهبة وسائر التبرعات هو الإرادة المنفردة ومصدرها الشرع والقانون. وفلسفة الالتزامات في التبرعات في جميع أنواعها هي الباعث الدافع الخارجي من رد جميل أو صلة رحم أو نيل ثواب وأجر عند الله أو قصد الشهرة ودعاية السمعة في الدنيا أو نحو ذلك.

وقول علماء القانون بأن السبب في التبرعات نية التبرع يرفضه المنطق القانوني وفلسفة الأعمال الإرادية، لأن السبب بمعنى الباعث الدافع أمر خارجي يحرك الإرادة ويدفعه إلى إنشاء حق للغير ويلزم نفسه بما لم يلتزم به سابقاً.

ثانياً– الوصية:

وهي تصرف في التركة مُضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض[2].

---

[1] في موضوع الهبة يُراجع: المدني العراقي (م/٦٠١–٦٢٥)، الأردني (م/٥٥٧–٥٨١)، الكويتي (م/٥٢٤–٥٤٢)، المصري (م/٤٨٦–٥٠٤)، السوري (م/٤٥٤–٤٧٢)، الليبي (م/٤٧٥–٤٩٣)، اللبناني (م/٥٠٤–٥٢٥).

[2] قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم، المادة (٦٤).

أركان الوصية:

يؤخذ من التعريف المذكور أن أركان الوصية أربعة، وهي: الصيغة، والموصي، والموصى به، والموصى له.

١- الصيغة: وهي الإيجاب وحده.

٢- الموصي: وهو كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية التمييز وكان واعياً مختاراً. ولا يشترط في الوصية، رغم كونها من التبرعات، أهلية التبرع (بلوغ سن الرشد)[1]، بل يكفي التمييز لسببين:-

أحدهما لا يتضرر الموصي مادياً، لأن ملكية الموصى به لا تنتقل إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي.

والثاني: أن ناقص الأهلية بحاجة إلى ثواب الآخرة مثل كامل الأهلية، والوصية عبادة مالية عليها الأجر والثواب في الآخرة.

٣- الموصى به: ويشترط أن يكون مالاً متقوماً قابلاً للتعامل مملوكاً للموصي وقت الوصية، وأن لا يزيد على ثلث التركة.

٤- الموصى له: وهو كل شخص طبيعي أو معنوي حيث تجوز الوصية للشخص الطبيعي سواء كان موجوداً أو معدوماً وقت الوصية ولا يشترط وجوده حين إنشائها، وإنما يشترط الوجود حين التنفيذ. كما تجوز للشخص المعنوي كالجامع والمستشفى والمدرسة وكل مؤسسة خيرية ذات نفع عام، لكن يشترط أن لا يكون الموصى له جهة معصية كالوصية للملهى أو نحو ذلك.

تكييفها:

تكيف الوصية بأنها تصرف انفرادي إرادي غير لازم يجوز للموصي الرجوع عنها قبل وفاته، وتبطل في الحالات الآتية:-

١- الرجوع عنها قبل الوفاة.

٢- فقدان الموصي الأهلية بالجنون المطبق المتصل بالوفاة.

٣- قتل الموصى له للموصي.

---

[1] المادة (١٠٦) من المدني العراقي التي تنص على أن ((سن الرشد إكمال الثامنة عشرة من العمر)).

٤- إذا هلك الموصى به أو استهلك.
٥- إذا تصرف فيه الموصي تصرفاً ناقلاً للملكية.
٦- إذا استحق الموصى به (أي ظهر أنه ملك الغير).
٧- الزيادة على الثلث إذا لم يجزها الورثة[1].

أحكام الوصية:

١- لا توجد الشكلية لانعقاد الوصية وإنما هي لإثباتها حين إنكارها من قبل الورثة.
٢- يكتسب الموصى له ملكية الموصى به بمجرد وفاة الموصي وتتعلق بتركته، فلا يصح توزيعها على الورثة إلا بعد إخراجها منها أو برضاء الموصى له وهو بالغ عاقل مختار.
٣- تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في حدود ثلث التركة بعد إخراج نفقات نقل الموصي إلى مثواه الأخير، وبعد إخراج ديون الله كالزكاة، وديون الناس.
٤- تسري أحكام الوصية على التصرفات الآتية:-
أ- تبرعات المريض مرض الموت ومعاوضاته التي فيها المحاباة في حدود المحاباة[2].
ب- إبراء المريض مرض الموت مدينه من دين سواء كان وارثاً أم غيره[3].
ج- كفالة المريض مرض الموت. (مرض الموت هو الذي لا يرجى شفاؤه عادة كمرض السرطان والآيدز، ويجب أن يقتصر تأثيره على تصرفات المريض على السنة الأخيرة المتصلة بالوفاة رعاية لاستقرار المعاملات.
د- الإقرار بدين لوارثٍ أو غيره إذا كان الإقرار على سبيل التمليك، بخلاف ما إذا جاء الإقرار على سبيل الأخبار أو كان إقراراً بقبض أمانة له أو استهلاك أمانة عنده ثبتت بغير إقراره فإن المقر به ينفذ في جميع ماله ولو لم تجزه الورثة، ولا تسري عليه أحكام الوصية، وكذلك لا تسري على ثمن المال الذي اشتراه، أو القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً مرض الموت[4]. وتصديق الورثة لما يقر به مورثهم المريض في حياته ملزم لهم، فعليهم تنفيذ المقرّ به من جميع التركة لا

---

[1] المدني العراقي: المواد (١١٠٨-١١١٢).
[2] المدني العراقي (م/١١٠٨).
[3] المدني العراقي (م/١١٠٩).
[4] المصدر السابق، (م/١١١٠).

من ثلثها إذا مات في هذا المرض، لأنه لا يخضع لأحكام الوصية[1].

ولا يستحق المقر له ما أقر به المريض وفق الأحكام المذكورة آنفاً إلا بعد أن تؤدى ديون الصحة، لأنها تقدم على الديون الثابتة في مرض الموت حين التزاحم بين ديون حالة الصحة وديون حالة المرض.

وإذا أقر المريض مرض الموت بأنه قد استوفى دينه الذي كان بذمة (أ) من الناس، فإذا ثبت في ذمة المدين (أ) حال صحة الدائن نفذ الإقرار في حق غرماء الصحة، وإذا ثبت في حال مرضه فلا ينفذ الإقرار في حق هؤلاء الغرماء.

وإذا أقر بأنه كفل دين فلان في حال صحته نفذ الإقرار في جميع ماله بعد وفاء ديون صحته في حالة التزاحم[2].

حكم الوصية للوارث:

اختلف فيه فقهاء الشريعة على ثلاثة آراء:

أ- منهم من قال لا تصح الوصية للوارث مطلقاً، لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): (إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) على أساس أن آيات الميراث نسخت (ألغت) آيات الوصية التي كان بمقتضاها توزع التركة.

ب- ومنهم من قال تجوز مطلقاً، لأن آيات الميراث رفعت الوجوب في آيات الوصية فبقي الجواز في حدود الثلث.

ج- ومنهم من قال: الجواز وعدمه منوطان بحق الورثة في التركة، فإن أجازوها بعد وفاة المورث نفذت وإلا فتعد كأن لم تكن أصلاً.

ونرى أن الوصية للوارث ضرورية في الحالات الآتية:-

أ- إذا انفق المورث في حياته من ماله على زواج بعض أولاده فبقي البعض منهم لم يتزوج بعد فعليه أن يوصي ببعض ماله لمن لم يتزوج قبل وفاته.

ب- إذا أكمل بعضهم الدراسة فبقي البعض غير مكمل بعد فعليه الوصية لمن لم يكمل دراسته.

ج- إذا ساهم بعضهم معه في تكوين التركة دون البعض فعليه أن يوصي لمن شاركه في

---

[1] المصدر السابق، (م/١١١١).

[2] المدني العراقي (م/١١١٢).

إيجاد التركة بأن كان تاجراً ساعده بعضهم، أو كان مزارعاً أو مربياً للحيوانات ونحو ذلك. فتعاون معه البعض دون بعض.

د- إذا كان له بنات لم يتزوجن بعد أو كُنّ أرامل أو نحو ذلك فيجب أن يوصي لهن حسب الحاجة واحدة أم أكثر.

الوصية الواجبة:

الوصية الواجبة هي التي تجب على الموصي أن يوصي بها في حياته فإن لم يوص فيفترض القضاء وجودها شرعاً، وهذه الوصية تكون في حالة اجتماع الأولاد مع الأحفاد (أولاد الابن أو أولاد البنت) أو اجتماع الأحفاد مع أولادهم وإن نزلوا بالشروط الآتية:-

١- أن يموت أحد أولاد المورث في حياته ويترك ولداً أو أكثر.

٢- أن يكون الحفيد محجوباً بالولد فلا وصية في حالة وجود ابن الابن مع البنت، لأن لها النصف وله الباقي.

٣- أن لا يعطي المورث لهؤلاء الأحفاد في حياته نصيباً يعادل نصيب والدهم المتوفى أو والدتهم المتوفاة، فإن أعطاهم أقل يكمل النقص من الوصية الواجبة.

٤- أن لا يزيد نصيب الأحفاد من ثلث التركة، لأنهم يأخذون الحصة باسم الوصية دون الإرث.

٥- أن توزع الوصية الواجبة على المستحقين وفق قاعدة (للذكر مثل حظ الانثيين).

كيفية توزيع التركة في حالة الوصية الواجبة:

يفترض أن الولد المتوفى ذكراً كان أم أنثى أنه ما زال على قيد الحياة ويحدد نصيبه على هذه الفرضية ثم ينتقل إلى أولاده.

وعلى سبيل المثل من توفي عن ابن وابن بنت متوفاة وإذا فرض أن البنت كانت على قيد الحياة توزع التركة طبقاً لقاعدة (للذكر مثل حظ الانثيين) للابن ثلثان وللبنت ثلث، ثم ينتقل تلقائياً نصيب البنت المتوفاة إلى إبنها.

وقد عالج المشرع العراقي الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية القائم في المادة (٧٤) معالجة ناقصة حيث تخلف فيها بعض الشروط المذكورة.

وجدير بالذكر أن الوصية واجبة في حالة اختلاف الزوجين في الدين، لأن هذا الاختلاف مانع من الميراث دون الوصية، فعلى كل منهما أن يوصي ببعض ماله الخاص للآخر على

تقدير وفاته قبله[١].

ثالثاً- إجازة العقد الموقوف:

من التصرف الانفرادي القولي إجازة عقد كان موقوفاً على هذه الإجازة.

ويكون التصرف القانوني أو الشرعي موقوفاً في أحدى الحالات الثلاث الآتية:-

١- كون أحد العاقدين ناقص الأهلية: ففي هذه الحالة ينعقد العقد موقوفاً (لا يترتب عليه آثاره من الحقوق والالتزامات) على إجازة من له حق هذه الإجازة. فإذا أجيز ينتج الآثار من تاريخ إبرامه، أي بالأثر الرجعي، وإلا فيعد كأن لم يكن أصلاً.

٢- عدم ولاية العاقد على محل العقد: كمن يبيع مال غيره فضالة بدون نيابة مسبقة، فينعقد البيع موقوفاً على إجازة صاحب المحل (المالك)، فإذا أجازه خلال ثلاثة أشهر، يعد نافذاً لازماً من تاريخ إبرامه، وإن لم يجزه يعد كأن لم يكن أصلاً. وكذلك شراء الفضولي لمن لم يأذن له يكون صحيحاً موقوفاً عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية (كالحنفية والمالكية) والقوانين المتأثرة به[٢] على من له حق الإجازة.

٣- تعلق حق الغير بمحل التصرف الانفرادي: كمن أوصى بأكثر من ثلث ماله من التركة، فالزيادة موقوفة على إجازة الورثة بعد وفاة المورث إذا كانوا بالغين عاقلين مختارين.

وجدير بالذكر أنه لا يعتد بإجازتهم في حياة الموصي استبعاداً للإكراه الأدبي، لأن الإجازة في حياة الموصي قد تحمل على الحياء والأدب واحترام الموصي فتكون محل شبهة الإكراه الأدبي.

ومن الواضح أن إجازة العقد الموقوف تصرف قولي انفرادي يُنشيء الالتزامات والحقوق.

رابعاً- الوعد بالجائزة:

وهو تصرف قولي انفرادي موجه إلى الجمهور مقتضاه الالتزام بدفع جائزة لمن يقوم بعمل معين مطلوب، فهو من أبرز تطبيقات التصرف القولي الانفرادي الذي يكون سبباً لالتزام

---

[١] لمزيد من التفصيل يُنظر مؤلفنا: أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه المقارن والقانون، ص٥٩ وما يليها.

[٢] كالمدني العراقي المادة (١٣٥).

الواعد بدفع ما يحدده في وعده، بغض النظر عن شخصية الموعود له سواء كان معلوماً أو مجهولاً بادئاً بالعمل قبل الوعد أم لا، وسواء أكان الوعد مطلقاً أم محدداً بأجل، وسواء كان مقيداً بشرط أو لا.

أركان الوعد بالجائزة:

يؤخذ من تعريفه المذكور أن أركانه خمسة، وهي: صيغة الوعد، والواعد، والموعود له، والموعود به، والعمل المطلوب.

١- صيغة الوعد: هي الإيجاب وحده ومن شروطها:-

أ- أن تكون تعبيراً واضحاً يدل على المعنى المراد.

ب- أن يكون التعبير موجهاً إلى الجمهور، فإذا وجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين يعد التعبير إيجاباً كالإيجاب في العقد فلا يترتب عليه أي أثر ما لم يقترن بالقبول، وإذا تم القبول يتحول إلى العقد فيكون سبب الالتزام هو العقد دون التصرف الانفرادي، فلا تنطبق عليه أحكام الوعد بالجائزة.

ج- الإطلاق أو الأجل: فإذا لم يحدد الواعد في الصيغة أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع عن وعده متى شاء، على أن لا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع.

أما إذا حدد مدة فعليه أن يتقيد بها فليس له الرجوع قبل انقضائها، وإذا حدد وقتاً للعمل التزم بهذا الوقت.

٢- الواعد: ويشترط أن تتوافر فيه أهلية التعاقد، وقد سبق بيان الأهلية وعوارضها وموانعها.

٣- الموعود به (موضوع الالتزام): ويشترط فيه ما يشترط في محل العقد من كونه ممكناً مشروعاً معيناً أو قابلاً للتعيين متقوماً له قيمة مالية، وهي قد تتمثل في قيمة مالية خالصة كمبلغ من النقود، أو سيارة، أو دار، أو أرض، أو غيرها من الأموال المنقولة وغير المنقولة، المثلية والقيمية.

وقد تكون قيمته الأساسية قيمة أدبية أو معنوية كالوسام الذي لا تترتب عليه آثار مالية[١].

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ص٣٩٦.

٤- العمل المطلوب إنجازه: ومن صوره:-
أ- العثور على شيء ضائع أو مفقود.
ب- الإدلاء بمعلومات تساعد على الكشف عن مجرم هارب، أو سياسي مختف، أو اتفاق جنائي قبل التنفيذ.
ج- أو القيام باختراع شيء ذي نفع عام.
د- أو استرداد مال مغصوب أو مسروق.
هـ- أو تأليف كتاب في قضية مهمة ذات نفع عام.
و- أو صنع تمثال هندسي لشخصية تاريخية.
ز- أو أي هدف آخر مطلوب في نظر الواعد.
٥- الموعود له بالجائزة: ويشترط فيه:-
أ- أن ينجز العمل كما هو المطلوب.
ب- أن يلتزم بالوعد إذا كان محدداً بأجل وبالشرط إذا كان مشروطاً.

وفي حالة رجوع الواعد عن وعده بالجائزة ثلاثة احتمالات:-
الاحتمال الأول: إذا لم يبدأ بتنفيذ العمل المطلوب تحلل الواعد نهائياً عن نتائج وعده.
الاحتمال الثاني: أن يرد له ما انفقه على ألا يتجاوز ذلك قيمة الجائزة الموعود بها.
ولا يعد الوعد الذي عدل عنه أساساً لهذا الالتزام، وإنما مرده إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المقررة في نصوص القانون.
وجدير بالذكر أن هذه المسؤولية تسقط في إحدى الحالتين:
إحداهما: حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أنفقه بانقضاء ستة أشهر من إعلان الرجوع في الوعد.
والثانية: إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدأ بتنفيذه قد تم، لأنه في هذه الحالة تنعدم رابطة السببية بين الضرر الذي أصاب من تحمل النفقات ورجوع الواعد في وعده.
ويكون الشأن كذلك في حالة البدء بتنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول وإتمامه بعد هذا العدول.

الاحتمال الثالث: هو ما إذا كان العمل المطلوب قد تم بأسره قبل إعلان العدول، ففي هذه الصورة تصبح الجائزة واجبة الأداء[١].

وجدير بالذكر أنه إذا نفذ العمل الذي قررت الجائزة من أجله من قبل أكثر من شخص واحد كانت الجائزة للأسبق إذا نفذ على التعاقب، وإذا نفذ معاً في وقت واحد وزعت عليهم بالتساوي، لكن هذه القاعدة تختلف باختلاف طبيعة صيغة العموم المستعملة في الوعد بالجائزة. وعلى سبيل المثل:-

أ- إذا قال قائد معركة لعشرة من جنوده: كل من احتل منكم الموقع كذا للعدو أولاً فله عشرة آلاف دولار مثلاً. فإذا احتلوه على التعاقب فالمكافأة تكون للأول. أما إذا احتلوه معاً دون التعاقب فيستحق كل واحد منهم عشرة آلاف دولار، لأن لفظ (كل) يفيد العموم على سبيل الانفراد. فيوجب تناول كل على انفراد كأنه ليس معه غيره.

ب- وإذا قال لهم: جميع من احتل منكم هذا الموقع أولاً فله عشرة آلاف دولار، فإذا احتلوه على التعاقب فالمبلغ للأول منهم.

وإذا استولوا عليه معاً وزع بينهم المبلغ بالسوية فلكل واحد منهم ألف دولار، لأن لفظ (الجميع) يفيد العموم على سبيل الاجتماع دون الانفراد فيصير باعتباره جميع الداخلين بمثابة شخص واحد في أنهم الأول فلهم المبلغ بالاشتراك والمساواة.

ج- وإذا قال لهم: من احتل منكم أولاً هذا الموقع للعدو فله عشرة آلاف دولار، فإن احتلوه على التعاقب يكون المبلغ للأول، وإذا احتلوه معاً فلا يستحقون شيئاً، لأن كلمة (من) بدون (كل) أو (جميع) لا توجب الإحاطة مطلقاً لا على سبيل الانفراد ولا على سبيل الاجتماع[٢].

وهناك تطبيقات كثيرة أخرى للتصرف القولي الانفرادي المسبب لإنشاء الالتزامات كالوقف، والنذر، والاشتراط لمصلحة الغير، وشروط الإذعان التي يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف في عقود الإذعان، والمعاهدات غير المتكافئة التي تفرضها الدولة القوية المنتصرة على الدولة الضعيفة المنهزمة بعد انتهاء الحرب عادة، كالشروط التي فرضتها دول التحالف بعد الحرب العالمية الثانية على كل من ألمانيا واليابان وإيران.

---

(١) يُنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، ٢/٣٤٠.

(٢) لمزيد من التفصيل يُنظر: كشف الأسرار مع أصول البزدوي، ٢/٣٢٨ وما يليها، أصول السرخسي، ١/١٥٨. مؤلفنا: أصول الفقه في نسيجه الجديد، ٢/٢٣٩ وما يليها.

الفرع الثاني
التصرف القولي الانفرادي المسقط لالتزام قائم

والتصرف القولي الانفرادي كما يكون منشئاً لالتزام لم يكن موجوداً قبله، كذلك قد يكون مسقطاً لالتزام قائم.

ومن أهم تطبيقاته الإبراء، وإنهاء الوكالة من الموكل أو الوكيل، وإنهاء الكفالة من المكفول له، وإنهاء الرهن من الدائن المرتهن، والتنازل عن القصاص أو الدية.

أولاً- الإبراء:

وهو ترك الدائن حقه الذي هو موضوع التزام المدين دون مقابل.
وهو تصرف قانوني من جانب واحد وقوامه اتجاه إرادة الدائن إلى إبراء الدين.

تكييف الإبراء:

هناك سؤال يطرح نفسه على بساط البحث وهو تحديد طبيعة الإبراء وصفته القانونية هل هو تمليك أو إسقاط، ففيه اختلاف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون:-
أ- فمنهم من كيّفه بأنه إسقاط مطلقاً.
ب- ومنه من كيّفه بأنه تمليك مطلقاً.
ج- ومنهم من كيّفه بأنه تمليك بالنسبة للدائن وإسقاط بالنسبة للمدين[١].

والراجح في رأينا المتواضع هو أن الإبراء إسقاط حق للدائن بذمة المدين، وبالتالي إسقاط للالتزام بالوفاء، لأن الحق موضوع الالتزام يسقط بالإبراء وإسقاطه يستلزم إسقاط الالتزام. ومن القواعد العامة (الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود)[٢].

ثمرة الخلاف:

ما هي الثمرة التي تترتب على تكييف الإبراء بالإسقاط أو التمليك؟

---

(١) يُنظر المنثور في القواعد للزركشي، ٨١/١، والأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٢٦٣، الاستقصاء في مسائل الإبراء للأستاذ علي حيدر، ص١٨ وما يليها.
(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٥١).

تترتب نتائج مهمة على هذا التكييف منها:-

أ- إذا كيّف بالإسقاط لا يشترط علم الدائن بكمية الدين بخلاف التمليك.

ب- إذا كيّف بالإسقاط لا يحتاج إلى قبول المدين بخلاف التمليك.

ج- الساقط لا يرجع فلا يرتد برد المدين خلافاً للتمليك.

د- لا يشترط علم المدين في الإسقاط بخلاف التمليك فيشترط فيه العلم. وتنص المادة (٣٧١) من القانون المدني المصري القائم على أنه: ((ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده)).

يُفهم من هذا النص أن المشرع المصري كيّف الإبراء بالتمليك رغم أن معنى الانقضاء أقرب إلى معنى السقوط من معنى التمليك[1].

ونجد التناقض في المدني العراقي بين تكييفه إياه بالإسقاط وبين شرط القبول وحق الرد من المدين، حيث نصت المادة (٤٢٠) على أنه ((إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين)).

فهنا كيّف المشرع العراقي الإبراء بالإسقاط في هذه المادة. وهذا يُناقض ما جاء في المادة (٤٢٢) من أنه ((لا يتوقف الإبراء على قبول المدين لكن إذا رده قبل القبول إرتد)). وبين هاتين المادتين تناقض واضح، فالإبراء تصرف انفرادي مسقط للالتزام بالإرادة المنفردة، وليس لهذا الإسقاط دور لإرادة المدين، كما يوجد تناقض بين عدم اشتراط القبول وبين حق الرد، لأن عدم الرد يعني القبول الضمني.

ومن الغريب أن قانون الموجبات والعقود اللبناني القائم اعتبر إبراء الدائن المدين من دينه اتفاقاً وعقداً[2].

من شروط الإبراء:-

١- أن تتوافر في المبريء أهلية التبرع، فلا يجوز من ناقص الأهلية، وقد نصت القوانين واتفقت آراء الفقهاء على أنه يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية للتبرع[3].

٢- خلو رضا المبريء من عيوب الإرادة.

---

[1] ويُطابق المصري المدني السوري (م/٣٧١)، والكويتي (م/٤٣٥)، والمغربي (الفصل ٣٤٠).

[2] حيث نصت المادة (٣٣٨) منه على أن: ((الإبراء من الدين تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المديون لا يكون إلا بمقتضى اتفاق إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن)). ونصت المادة (٣٤٠) منه على أنه ((يكون عقد الإبراء صريحاً أو ضمنياً)).

[3] ومنها المدني العراقي (م/٤٢١)

٣- أن يكون الدين ثابتاً متعلقاً بذمة المدين بالفعل، فلا يصح الإبراء عما لم يجب بعد ولو جرى سبب وجوبه كنفقة مستقبلية للزوجة.

٤- أن لا يكون الإبراء في مرض الموت، وإلا تسري عليه أحكام الوصية، فتحتاج الزيادة على ثلث التركة إلى إجازة الورثة بعد وفاة المبرئ، كما سبق تفصيل ذلك في الوصية.

٥- أن يكون الحق موضوع الالتزام من الحقوق التي تقبل الإسقاط، فلا يجوز للمجني عليه أو ولي الدم إسقاط حق كفارة القتل الخطأ، لكن يجوز الإبراء عن الدية.

٦- أن لا يكون موضوع الالتزام عيناً من الأعيان، لأنها لا تتعلق بالذمة، والإسقاط يكون لما يتعلق بالذمة لكنها تقبل التنازل، كتنازل المغصوب منه عن ماله المغصوب، وكذلك تنازل المسروق منه عن ماله المسروق.

الإطلاق والتقييد في الإبراء:

أ- الإبراء المطلق: هو الذي لا يتقيد بشرط ولا مضاف إلى أجل.

ب- الإبراء المقيد بشرط لا يتحقق إلا بتوافره، فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر فإن أداه المدين بريء وإن لم يؤده فلا يبرأ فيبقى عليه الدين كله.

وإذا أضيف إلى أجل فلا يتحقق الإبراء إلا بحلول هذا الأجل.

آثار الإبراء:

١- انقضاء الالتزام.

٢- براءة ذمة المدين.

٣- إبراء ذمة الكفيل لا يستلزم إبراء ذمة الأصيل بخلاف العكس، فإذا أبرأ الدائن المدين من الدين كله تبرأ ذمة الكفيل، لأن التابع يسقط بسقوط متبوعه. والفرع يسقط بسقوط أصله[1].

٤- لو أبرأ الدائن ذمة أحد المدينين المتضامنين لا يسري على ذمة المتضامن الآخر، بل يقتصر الأثر على حصته فقط وينقضي الدين بقدرها[2].

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، المادة (٥٠).

[2] المدني العراقي (المادة ٣١٨)، والمدني المصري (المادة ٢٨٢).

ثانياً– إنهاء الوكالة بالإرادة المنفردة:

من الواضح أن الوكالة (وهي عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل) من العقود النافذة غير اللازمة بالنسبة لكل من الموكل والوكيل بطبيعتها، فلكل واحد منهما أن ينهي الوكالة بالإرادة المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الآخر لأخذ موافقته وإذنه، فهي غير لازمة بطبيعتها لا بسبب آخر داخلي أو خارجي شريطة أن لا يكون الإنهاء في وقت يضر بالطرف الآخر، وأن لا يتعلق بها حق للغير، وأن لا يكون بمقابل (عمولة)، لأنها في الحالة الأولى والثانية تترتب على إنهائها بالإرادة المنفردة المسؤولية التقصيرية لوجود إلحاق الضرر بالغير.

وفي الحالة الثالثة تسري عليها أحكام الإجارة فلا يصح إنهاؤها بالإرادة المنفردة.

أركان الوكالة:

وهي الصيغة، والموكل، والوكيل، والموكل فيه.

وجدير بالذكر أنه يترتب على إنهاء الوكالة التي توافرت أركانها وشروطها التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة، إلا إذا استحال عليه إخطار الموكل سلفاً، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل يوافق على التصرف المتجاوز فيه على أن يبلغه بالتجاوز متى تمكن من ذلك.

والذي يهمنا هنا هو إنهاء الوكالة وبالتالي انتهاء الالتزام المترتب عليها بالإرادة المنفردة (التصرف القولي الانفرادي).

وبالإضافة إلى الالتزام بتنفيذ الوكالة كما هو يلتزم الوكيل بأن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة إذا كانت بلا أجر.

وعناية الرجل المعتاد إذا كانت بأجر فهو ملزم في كل الأحوال ببذل العناية لا بتحقيق غاية.

وكذلك يلتزم الوكيل بأن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حساباً عنها، وأن لا يستعمل مال الموكل لصالحه، وأن يقوم بالعمل الموكل فيه بنفسه إذا كانت شخصيته محل اعتبار، كما يلتزم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً مع الفوائد القانونية من وقت الإنفاق.

إنهاء الوكالة والتزاماتها بالإرادة المنفردة:

للموكل في أي وقت شاء أن ينهي الوكالة، وبالتالي يسقط التزاماتها المذكورة وغيرها بإرادته المنفردة وأن يعلن الوكيل بهذا الإنهاء لأنه صاحب مصلحة له أن يتنازل عنها متى شاء.

وكذلك للوكيل أن ينزل عن الوكالة بإرادته المنفردة متى أراد، لأنه متطوع ومتبرع فله الحق في هذا النزول والتخلي عن تطوعه وتبرعه، لكن هذه الحرية بالنسبة لكل من الموكل والوكيل ليست مطلقة بل مقيدة بقيود منها ما يأتي:-

أ- أن لا تكون الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو شخص ثالث، وإلا فلا يصح بدون رضاء من تمت الوكالة لصالحه، وعلى سبيل المثل لو وكل الزوج زوجته أثناء الزواج أو بعده بناءً على طلبها أن تطلق نفسها متى وجدت مبرراً لذلك بأن تضررت من الحياة الزوجية، لا يحق للموكل أن ينهي هذه الوكالة بإرادته المنفردة، لأنها تعلق بها حق الزوجة، لكن يحق للزوج أن يطلقها قبل أن تطلق هي نفسها.

وكذا لو وكل المدين الراهن شخصاً في القيام بإجراءات بيع المال المرهون إذا حل أجل الدين ولم يتم الوفاء به، وطلب الدائن المرتهن البيع لاستيفاء دينه من ثمنه، لا يجوز للمدين الراهن وهو غائب أن يعزل الوكيل، لأن الوكالة تعلق بها حق الدائن المرتهن[1].

ب- أن لا يكون إلغاء الوكالة مضراً بالطرف الآخر.

ثالثاً- إنهاء الكفالة وإسقاطها بالإرادة المنفردة من المكفول:

الكفالة عقد يضمن بمقتضاه الكفيل للدائن وفاء المدين بالتزامه وإلا قام هو بوفائه. ويشترط لاعتبارها سبباً للالتزام ما يلي:-

١- أن تكون محددة.

٢- أن يكون رضاء الكفيل بها صريحاً.

٣- أن يكون التزام المكفول صحيحاً.

---

(1) يُنظر في موضوع الوكالة المصادر الآتية: العراقي المواد (٩٢٧-٩٤٩)، المصري (٦٩٩-٧١٧)، اليمني (٩١٢-٩٤٤)، التونسي الفصول (١٤٠٤-١١٩٤)، المغربي الفصول (٨٧٩-٩٤٢)، السوري (م/٦٦٥-٦٨٣)، اللبناني (٧٦٩-٨٢٢)، الأردني (٨٣٣-٨٦٧)، الجزائري (٥٧١-٥٨٩)، الكويتي (٦٩٨-٧٠٣).

٤- أن لا يكون الدين مستقبلياً.

التزامات الكفيل:

١- إذا كانت الكفالة قانونية أو قضائية أو تجارية كان الكفيل متضامناً مع المدين في وفاء الدين، وإذا تعدد الكفلاء كانوا متضامنين فيما بينهم، ومتضامنين مع المدين.

٢- إذا امتنع المكفول عن الوفاء بالمكفول به، أو عجز عن ذلك يلتزم الكفيل أن يفي بالتزامه ويحل في الدين محل الدائن في جميع مال الدائن من حقوق قبل المدين ويرجع على المدين بما أداه. وللمكفول إعفاء الكفيل بإرادته المنفردة عن كل التزام نشأ عن عقد الكفالة لأنها غير لازمة بالنسبة إليه بل تقررت قانوناً لمصلحته وله أن يتنازل عن هذه المصلحة المثلة بضمان دينه، غير أنه عقد لازم بالنسبة للكفيل فليس له أن يتخلى عنها بإرادته المنفردة[1].

رابعاً- إنهاء الرهن بالإرادة المنفردة:

الرهن عقد بمقتضاه يخصص الراهن مالاً معيناً ضماناً للوفاء بحق الدائن المرتهن.

والأصل أن يكون الراهن هو المدين ذاته، وقد يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين ضماناً للوفاء بالدين.

ومحل الرهن يكون عقاراً أو منقولاً أو ديناً يصح التعامل فيه ويشمل جميع توابع المرهون وقت إبرام العقد، ويضمن المرهون أو أي جزء منه كل الدين أو أي جزء منه ما لم يوجد نص أو اتفاق على خلاف ذلك.

والذي يهمنا هنا هو أن عقد الرهن يُكيّف بأنه عقد نافذ لازم بالنسبة للراهن، فلا يملك فسخه بإرادته المنفردة.

ولكنه غير لازم بالنسبة للدائن المرتهن، لأن الرهن قرره القانون لمصلحته وضماناً لدينه، فله أن يتنازل عن هذه المصلحة متى شاء وأن ينهي الرهن، وبالتالي يسقط الالتزامات القائمة المترتبة عليه بإرادته المنفردة.

---

(١) المدني العراقي المواد (٩٣٣-٩٤٩)، المصري (٦٦٩-٧١٧)، السوري (٦٦٥-٦٨٣)، الأردني (٨٣٣-٨٦٧)، الكويتي (٦٩٨-٧١٩)، المغربي الفصول (٨٧٩-٩٤٢)، التونسي الفصول (١١٠٤-١١٧٨)، اليمني (٩١٢-٩٤٤).

خامساً- التنازل عن القصاص أو الدية أو كليهما معاً من قبل ولي الدم أو الورثة بالإرادة المنفردة:

ومن الواضح أن الالتزام في هذه الصورة التزام جنائي، فالقصاص عقوبة محضة يلتزم الجاني بالخضوع لتنفيذها عليه.

والدية سواء كانت بديلة عن القصاص أو ناتجة عن القتل الخطأ ذات طبيعة مزدوجة، كما ذكرنا سابقاً، فهي تجمع بين صفات التعويض وصفات العقوبة.

ومن الواضح أيضاً أن جريمة القصاص والدية التي هي من جرائم الأشخاص والاعتداء على النفس أو ما دون النفس اعتداء على حق مشترك بين المجنى عليه إذا كان على قيد الحياة أو ورثته وبين المجتمع، لكن جانب الحق الخاص هو الغالب، لأن المأساة التي تصيب أسرة المجني عليه أقوى وأشد وأمّر من المصيبة التي تلحق المجتمع من جراء العمل الجرمي، وأن ضرر الأسرة المادي والمعنوي أكثر من ضرر المجتمع، لذا يكون حق الورثة في تقرير مصير الجاني أكثر من حق المجتمع الممثل بالدولة، رغم أن تنفيذ العقوبات من مظاهر سيادة الدولة التي احتكرت حق العقاب لنفسها منذ نشأتها، ومنعت المجني عليه أو ورثته من اللجوء إلى الثأر والانتقام الفردي.

لكن دستور الله تعالى (القرآن الكريم) أعطى للمجني عليه إذا كان على قيد الحياة وولي الدم أو ورثته بعد وفاته ثلاثة خيارات: أحدها طلب تنفيذ القصاص أو الدية عليه، والثاني العدول من القصاص إلى الدية، والثالث التنازل عن كليهما معاً. فقال تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾[1].

والسلطان عبارة عن الخيارات الثلاثة المذكورة، فللمجني عليه أو ولي الدم أو ورثته أن يتنازل عن حقه في المطالبة بحق القصاص والعدول إلى الدية، أو التنازل عن كليهما بشرط أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً، واعياً بإرادته المنفردة، وبعد التنازل يسقط الالتزام الجنائي بالنسبة للجاني وعاقلته لأنه في حالة عدم التنازل يلتزم شخصياً بالخضوع لتنفيذ المحكوم به عليه قضاءً، كما تلتزم عاقلته في حالة وجوب الدية عليها بوفاء هذه الدية لورثة المجني عليه.

---

[1] سورة الإسراء/ ٣٣.

الفرع الثالث

التصرف القولي الانفرادي المسقط والمنشيء للالتزام معاً

التصرف القولي الانفرادي كما يكون منشئاً فقط أو مسقطاً فقط، فقد يكون منشئاً ومسقطاً معاً في حالة واحدة وفي وقت واحد، ومن أبرز تطبيقات هذه الحالة الطلاق والشفعة.

أولاً- الطلاق:

وهو إنهاء علاقة الزوجية بتصرف قولي انفرادي من جانب الزوج أو الزوجة المخولة أو من القاضي، وقد يكون باتفاق الزوجين الذي يسمى الخلع، وهذا الأخير خارج عن موضوعنا.

والطلاق إما رجعي أو بائن، والبائن إما بينونة صغرى أو كبرى.

أ- الطلاق الرجعي: هو كل طلاق بعد الدخول على أن لا يكون بعوض ولا للمرة الثالثة.

وحكمه: أن للزوج إرجاع زوجته بدون عقد ومهر جديدين قبل انتهاء عدتها.

ب- البائن بينونة صغرى: هو كل طلاق قبل الدخول أو بعوض أو للمرة الأولى أو الثانية.

وحكمه: هو أن للزوجين استئناف حياة زوجية بعقد ومهر جديدين.

ج- البائن بينونة كبرى: وهو الطلاق للمرة الثالثة.

وحكمه: عدم جواز إعادة الحياة الزوجية لا برجعة ولا بعقد جديد إلا بعد أن تتزوج زواجاً اعتيادياً من زوج آخر، وأن يدخل بها، وبعد ذلك إذا طلقها الزوج الثاني طلاقاً اعتيادياً أو مات وانتهت عدتها، فلها أن تتزوج من الزوج الأول الذي طلقها بعقد ومهر جديدين.

ولكل من الزواج والطلاق التزامات مالية وغير مالية:-

أ- الالتزامات الزوجية المالية: هي الالتزام بنفقة الزوجة من يوم انعقاد الزواج والمهر المقدم، والمهر المؤجل الكامل بعد الدخول، فيلتزم الزوج بالإنفاق على زوجته من تأريخ الزواج سواء كانت فقيرة أو غنية، ويلتزم بدفع المهر المسمى أو مهر المثل[1]، سواء كان حالاً أو مؤجلاً، فكل مؤجل يصبح حالاً بالوفاة أو الطلاق.

---

[1] مهر المثل هو مهر مثلها في جميع صفاتها ويجب في حالات، منها:

ب- الالتزامات الزوجية غير المالية: يلتزم الزوج بأن يعاشر زوجته من حيث التمتع الزوجي بين أونة وأخرى ومن حيث الاختلاط والحب المتبادل والاحترام المتقابل ونحو ذلك.

وكذلك الطلاق تترتب عليه التزامات منها مالية ومنها غير مالية:-

أ- الالتزامات المالية المترتبة على الطلاق هي الآتية:-

أولاً- نفقة العدة: يلتزم الزوج بأن ينفق على زوجته المطلقة كما كانت في حالة قيام الزوجية إلى انتهاء عدتها.

ثانياً- أن يدفع لها مهرها المؤجل الذي أصبح حالاً بالطلاق.

ثالثاً- المُتعة: وهي عبارة عن مقدار من المال من نقود أو سلعة أو ألبسة أو أية حاجة مالية أخرى تنتفع بها الزوجة بعد الطلاق.

رابعاً- أجرة الرضاعة: فالزوج في حالة قيام الزوجية ليس ملزماً بهذه الأجرة، لكن بعد الفرقة يلتزم بدفعها للمرضعة أُمّاً كانت أم لا إلى انتهاء مدة الرضاعة ما لم تكن متبرعة باختيارها.

خامساً- نفقة الحضانة: وهي واجبة على الزوج بعد الفرقة إلى أن تنتهي مدة الحضانة وهي تستمر إلى أن يستغني المحضون من الحاضنة ويعتمد على نفسه في تأمين متطلبات الحياة.

سادساً- تعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي أي الطلاق الذي لا مبرر له ويكون مضراً بالزوجة في نفس الوقت.

والطلاق بالإرادة المنفردة من الزوج أو الزوجة أو القاضي يسقط الالتزامات القائمة المذكورة المترتبة على الزواج، وفي نفس الوقت ينشيء التزامات جديدة على الزوج، وهي الالتزامات الستة المذكورة بالإضافة إلى التزام الزوجة بالتربص مدة العدة وهي إكمال ثلاثة

أ- إذا لم يسم المهر أصلاً.

ب- إذا كان المهر مجهول المقدار.

ج- إذا كان مالا غير متقوم.

د- إذا لم يكن ملكا لمن يلتزم بدفعه.

قروء[١]، أو وضع الحمل إذا كانت حاملاً أو إكمال ثلاثة أشهر بأن لم تكن في سن الحيض أو كانت داخلة سن اليأس. وسن اليأس تتراوح بين العمر (٤٥-٥٥) سنة[٢].

ثانياً- الشفعة:

وهي لغة الضم، وفي الاصطلاح القانوني والفقهي هي حق تملك العقار المبيع قهراً بالإرادة المنفردة بما قام على المشتري من الثمن والنفقات المعتادة[٣].

عناصر الشفعة:

من أهم عناصرها ما يلي:-

١- أن يكون المال المشفوع عقاراً مملوكاً، فلا شفعة في المنقولات لتخلف العلة الغائية (الفلسفة) لإباحة الشفعة رخصة واستثناء من قاعدة (ضرورة توافر التراضي في المعاوضات)، وهذه العلة هي دفع الضرر المتوقع الذي قد يصيب الشريك السابق من وراء الشريك الجديد.

٢- أن يكون الشفيع شريكاً. فلا شفعة للجار ملاصقاً كان أم مقابلاً.

٣- أن يكون شريكاً في الرقبة لا في المنفعة وحدها، فلا شفعة للمستأجر المالك للمنفعة ولا للموصى له بالمنفعة مؤقتاً أو مؤبداً.

٤- أن يكون تملك الشريك الجديد متأخراً عن تملك الشريك السابق، فلو اشترى شخصان داراً معاً فلا شفعة لأحدهما على الآخر.

٥- أن يتم بيع العقار المشفوع به ومستوفياً أركانه وشروطه القانونية.

٦- أن يكون العقد معاوضة فلا شفعة إذا تملك الشريك الجديد العقار عن طريق إرث أو وصية أو صدقة أو نحو ذلك من التبرعات، فلو وهب أحد الشريكين في العقار المُشاع حصته لشخص آخر ليس للشريك الآخر أن يأخذه بالشفعة.

---

(١) اختلف فقهاء الشريعة في معنى القرء الذي هو مشترك لفظي بين الطهر والحيض، فمنهم من حمله على الطهر، ومنهم من فسره بالحيض.

(٢) لمزيد من التفصيل يُراجع مؤلفنا أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون.

(٣) المدني العراقي (م/١١٢٨).

٧- أن لا يتأخر الأخذ بالشفعة بعد إنشاء العقد تأخراً يعتبره العرف تنازلاً عن حق الشفعة أو إعراضاً عنها.

وقد حدد المدني العراقي مدة التقادم في هذا الموضوع بمضي ستة أشهر من تمام يوم البيع (م/١١٣٥).

فإذا توافرت هذه العناصر وانتفت الموانع للشفعة التي هي قول إرادي منفرد تكون سبباً لإنشاء التزامات على الشفيع كالالتزام بدفع ما قام على المشتري من الثمن والنفقات المعتادة، والالتزام بأن يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار المشفوع بسبب البناء أو الغراس إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة[١].

أما إذا حصل ذلك بعد التبلغ فللشفيع أن يطلب القلع إذا لم يكن مضراً بالعقار، وإلا فله أن يستبقي البناء أو الغراس بقيمته مستحق القلع[٢].

وفي نفس الوقت الشفعة كتصرف قولي انفرادي تكون سبباً لإسقاط التزامات المشتري تجاه البائع التي تترتب على البيع، وإسقاط حقه في التصرف في العقار المشفوع بعد أن يتم تبليغه بالرغبة في الأخذ بالشفعة.

ومن موانع الشفعة ما يلي:-

١- التقادم: فإذا مضت مدة ستة أشهر على تمام البيع تسقط دعوى الشفعة، ويسري هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين.
٢- إذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة.
٣- إذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة[٣].
٤- إذا كان الغرض من شراء العقار جعله محل عبادة أو إلحاقه بمحل عبادة وسجل في دائرة التسجيل العقاري على هذا الوجه.
٥- إذا تنازل من له حق الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع.

---
(١) المدني العراقي (م/١١٤٣).
(٢) المصدر السابق.
(٣) كالأعمام والعمات والأخوال والخالات.

٦- إذا كان العقار المشفوع به وقفاً.

٧- إذا طلب الشفيع بعض العقار المشفوع وترك بعضه، لأن الشفعة لا تقبل التجزئة.

٨- إذا لم يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته.

٩- إذا لم يودع في صندوق المحكمة التي يوجد العقار المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع.

فإذا انتفت هذه الموانع وتحققت العناصر المذكورة يثبت ملك الشفيع للمشفوع بعد تنفيذ الحكم القضائي أو الاتفاق الرضائي والتسجيل في دائرة التسجيل العقاري.

ويحل الشفيع تجاه البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، لكن لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن بل يلتزم بدفع الثمن وبما قام على المشتري للبائع حالاً ما لم يوافق على بقاء الأجل أو على أجل آخر[1].

---

(١) يُنظر في القوانين العربية المصادر الآتية: العراقي المواد (١١٢٨-١١٤٤)، الأردني (١١٥٠-١١٧٠)، الكويتي (٨٩١-٩٠٤)، اليمني (١٢٣١)، المصري (٩٣٥-٩٤٨).

ويوجد بعض الاختلافات بين هذه القوانين من حيث عناصر وأحكام الشفعة، إلا أن التفصيلات في هذا الموضوع ليس من واجبنا، لأن الذي يهمنا في الشفعة هي أنها تصرف قولي إرادي منفرد ينشيء بعض الالتزامات ويسقط التزامات قائمة في نفس الوقت.

المبحث الثاني
التصرف الانفرادي الفعلي النافع (الفضالة)

وتوزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مطالب يخصص الأول لكيفية معالجة الفضالة في القوانين، والثاني لعناصرها، والثالث لأحكامها.

المطلب الأول
كيفية معالجة الفضالة في القوانين

ومن أبرز تطبيقات التصرف الانفرادي الفعلي النافع (الفضالة).

الفضالة: قيام شخص بشأن عاجل غير ملزم به قاصداً مصلحة الغير[١].

وقد عالجت القوانين العربية[٢] وفقاؤها وشُراحها[٣] الفضالة معالجة مخالفة لقواعد المنطق القانوني وفلسفة القانون من أوجه متعددة منها ما يلي:-

أولاً- اعتبرت الفضالة قسيمة للإرادة المنفردة في مصادر الالتزام مع أنها قسم منها، ومن أهم تطبيقاتها، ومن البدهي أن قسيم الشيء مباين له، ولا يصدق كل منهما على ما يصدق عليه الآخر، بينما قسم الشيء أخص منه مطلقاً أينما تحقق يتحقق معه المقسم دون العكس الكلي، فقد يتحقق المقسِم مع قسم آخر دونه.

ثانياً- جعلت الفضالة قسماً من الإثراء بلا سبب في بعض القوانين كالمدني المصري القائم[٤] الذي قسم في الفصل الرابع لمصادر الالتزام الإثراء بلا سبب إلى دفع غير

---

(١) اخترت هذا التعريف لأنه أقصر وأدق من تعريف الأستاذ السنهوري في الوسيط ١/١٣٨٥ المأخوذ من المادة (١٨٨) المدني المصري بأن الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك)).

(٢) منها المصري (م/١٨٨-١٩٧)، العراقي (م/٢٢٣-٢٤٤)، الأردني (م/٣٠١-٣٠٨).

(٣) منهم الأستاذ السنهوري، الوسيط، ١/١٣٨٤ وما يليها، والأستاذ مرقس، أصول الالتزامات، ص٥٠٣ وما يليها، والأستاذ عبدالمنعم الصدة، مصادر الالتزام، ص٦١٩ وما يليها، والأستاذ عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ١/٦١٦ وما يليها.

(٤) المواد (١٨١-١٨٧)،

المستحق[١] وإلى الفضالة[٢]. وكالمدني الأردني القائم حيث قسم في الفصل الرابع لمصادر الالتزام الفعل النافع إلى الكسب بلا سبب[٣] وقبض غير المستحق[٤] والفضالة[٥] وقضاء دين الغير[٦].

وهذه التقسيمات مرفوضة في ميزان المنطق والفلسفة، لأن الإثراء بلا سبب غير مشروع، لعدم وجود سبب مشروع وكل ما كان غير مشروع باطل، وكذلك دفع غير المستحق غير مشروع لعدم وجود السبب وهو أيضاً باطل، بينما الفضالة عمل مشروع إنساني ومن باب التعاون على البر وصحيح تترتب عليها حقوق والتزامات قانونية وشرعية إذا توافرت أركانها وشروطها، فكيف يصح تقسيم ما هو غير مشروع وباطل إلى باطل غير مشروع (دفع غير المستحق) وإلى صحيح مشروع (الفضالة)؟

وقُل مثل ذلك في تقسيم القانون المدني الأردني: الكسب بلا سبب وهو غير مشروع وباطل إلى باطل غير مشروع (قبض غير المستحق) وإلى صحيح مشروع بل واجب في بعض الحالات وهو الفضالة وقضاء دين الغير.

ثم إن قضاء دين الغير قسم من الفضالة، فكيف يصح جعله قسيماً لها، مع أن قسيم الشيء مباين له، وقسمه أخص منه مطلقاً.

ما هذه المهزلة القانونية لمعالجة قضايا مهمة في المعاملات المالية؟

ثالثاً- جعلت القوانين العربية وفقهاء القانون الإثراء بلا سبب (أو الكسب دون سبب) قسيماً للعمل غير المشروع (أو الفعل غير المشروع) أو (الفعل الضار) حسب الاختلافات في التعابير في تلك القوانين، مع أن الكسب دون سبب (أو الإثراء بلا سبب)، كما ذكرنا، عمل غير مشروعٍ وضار، فكيف يصح أن يجعل قسم الشيء قسيماً له مع أن القسم أخص مطلقاً من مقسِمه، وقسيم الشيء مباين له، فلا يصدق أحدهما على أي فرد مما يصدق عليه الآخر.

---

(١) المواد (١٨٨-١٩٧).
(٢) المواد (٢٦٣-٢٩٥).
(٣) المواد (٢٩٣-٢٩٥).
(٤) المواد (٢٩٦-٣٠٠).
(٥) المواد (٣٠١-٣٠٨).
(٦) المواد (٣٠٩-٣١٠).

رابعاً- مصطلح (الإثراء بلا سبب) كمصدر من مصادر الالتزام على حد قول علماء القانون، وعلى ما هو مثبت في أكثر القوانين مصطلح خاطئ في لغة العرب وعرفه، لأنه لا يكون مصدراً للالتزام ما لم تتوافر فيه العناصر الأربعة الآتية:-

١- اغتناء من حصل على مال الغير بدون مبرر.

٢- افتقار فاقد المال الذي انتقل إلى الغير بصورة غير مشروعة.

٣- علاقة سببية بين الاغتناء والافتقار بأن يترتب الثاني على الأول.

٤- عدم وجود سبب صحيح مشروع.

وتعبيرا الاغتناء والافتقار واضحان في كلام العرب وعرفهم، ومن البدهي أن الاغتناء لا يحصل إلا بمال نفيس أو كمية كبيرة بحيث يحصل تغيير الوضع الاقتصادي بشكل ملموس، كما أن الافتقار لا يمكن أن يحصل إلا بفقدان أو خسارة مال نفيس أو كمية كبيرة.

وتفسير علماء القانون الاغتناء بزيادة العنصر الإيجابي في الذمة المالية لمن أثرى على حساب الغير، وبنقص هذا العنصر في ذمة المفتقر مخالف للشرع والمنطق القانوني، لأن من حصل على مال الغير بدون سبب شرعي لا يدخل في ملكه، وبالتالي لا يصبح عنصراً إيجابياً في ذمته المالية، كما أن من يفقد مالاً لا يخرج عن ملكيته فيبقى ملكاً له في أي يد كان، فيكف يصح أن يستعمل تعبيرا الاغتناء والافتقار في هذا الموضوع، وحسناً فعل المشرع العراقي حين اختار الكسب دون سبب بدلاً من الإثراء بلا سبب، لأن الأول يشمل كل كمية كبيرة وصغيرة يحصل عليها الإنسان بدون سبب شرعي، فعليه رده لصاحبه الشرعي فوراً.

ومنشأ هذه الأخطاء القانونية وأمثالها يمكن إرجاعه إلى الأسباب الآتية:

١- عدم الإلمام بعلم المنطق والفلسفة.

٢- الخلط بين أسباب الالتزام ومصادر الالتزام.

٣- الخلط بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية. واعتبار كل فعل واقعة قانونية سواء أكان إرادياً أم لا، وحصر التصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة.

٤- الخطأ في ترجمة المصطلح من لغة أجنبية إلى اللغة العربية.

٥- عدم الاهتمام بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، كما يقولون، أو سبب الالتزام، كما يقول المنطق القانوني. مع أن أسباب الالتزامات المدنية والجنائية ٩٠٪ تقريباً مردّها إلى الإرادة المنفردة.

المطلب الثاني
عناصر الفضالة

كما ذكرنا سابقاً مراراً أن عناصر كل شيء ما يتوقف عليه هذا الشيء، فإذا كان العنصر جزءاً من ماهيته يسمى ركناً، وإلا فيسمى شرطاً. ورغم ذلك خلط شُراح القانون بين العناصر والأركان والشروط، فاستعملوا بعضها مكان البعض الآخر كأنها ألفاظ مترادفة.

وفي موضوعنا هذا (الفضالة) منهم من اعتبر جميع عناصر الفضالة أركاناً لها[1] فقالوا: أركان الفضالة ثلاثة استناداً إلى تعريفها الوارد في المادة (١٨٨) المدني المصري القائم التي نصها: ((الفضالة: هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك)).

وهي:-

١- الركن المادي: وهو قيام الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر.

٢- الركن المعنوي: وهو أن يقصد الفضولي في قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل.

٣- الركن القانوني: وهو أن لا يكون أزاء هذا الشأن العاجل ملتزماً به ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه.

وجدير بالذكر أن تعبير الركن القانوني هو ما استعمله المرحوم الأستاذ السنهوري، وقلده في هذا التعبير أكثر علماء القانون في البلاد العربية بدون النظر في عدم دقة هذا التعبير، لأن لفظ (القانوني) إذا أريد به إقرار القانون لهذا الركن فالمفروض أن يوصف كل ركن أو عنصر بهذا الوصف، لأنه مشترك بين الكل.

---

(١) وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري، الوسيط ١٣٨٧/١ وما يليها، والأستاذ مرقس، أصول الالتزامات، ص٥٥٣ وما يليها، والأستاذ عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ٦١٢/١ وما يليها، والأستاذ صلاح الدين الناهي، محاضرات في القانون المدني العراقي، الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزامات، ص٢٠٩ وما يليها.

وإذا أريد به التنظيم القانوني، فتنظيم كل شيء بالقانون لا يسمى عنصراً، لأن عناصر كل مصطلح قانوني تسبق تنظيمه في الوجود.

ومنهم[1] من سمى جميع عناصر الفضالة شروطاً، فقال: لكي تتحقق الفضالة يجب أن تتوفر فيها شروط ثلاثة:-

١- أن يقوم شخص بشأن عاجل لشخص آخر، وهذا هو العنصر المادي.

٢- أن يقصد من يقوم بهذا الشأن العاجل مصلحة الشخص الآخر، وهذا هو الركن المعنوي.

٣- أن لا يكون من يقوم بهذا الشأن العاجل ملزماً بالقيام به. وهو ركن قانوني.

ومن الغريب أن أصحاب هذا الاتجاه لا يفرقون بين الركن والشرط ويظنون أنهما لفظان مترادفان، حيث أطلقوا على كل عنصر تعبير الركن والشرط في مصطلح واحد.

كذلك من الغريب أن سند كلتا التسميتين (الركن والشرط) هو المدني المصري القائم[2].

أركان وشروط الفضالة في ميزان المنطق القانوني:

قواعد المنطق القانوني تقضي بأن أركان الفضالة ثلاثة، وهي: العامل والمعمول والمعمول له، ولكل ركن شروطه الخاصة به كالآتي:-

الركن الأول/ العامل: الذي يسمى (الفضولي) أو (المتفضل):

وهو من يتولى القيام بشأن عاجل نافع ضروري لمصلحة الغير دون التزام مسبق. ومن شروطه:-

١- أن لايكون ملزماً بهذا القيام لسبب سابق.

٢- أن لا يكون نائباً عمن يقوم بالعمل لأجله لا نيابة اتفاقية كالوكالة، ولا نيابة قانونية كالولاية، ولا نيابة قضائية كالوصي المعين من القاضي والمساعد القضائي الذي تعينه المحكمة يساعد المحجورين بالتصرفات التي يحتاج فيها الوصي إلى إذن المحكمة.

---

(١) وفي مقدمتهم الأستاذ الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص٦٢، ألبند (٥٧٨)، تحت عنوان شروط الفضالة، (النصوص القانونية شروط ثلاثة).

(٢) المواد (١٨٨-١٩٠).

٣- أن تكون له أهلية التمييز ولا يشترط فيه أهلية التعاقد لقيام الالتزامات المتقابلة، لأن تصرف الفضولي من حيث المآل معاوضة.

٤- أن يقصد بالقيام بالعمل تحقيق مصلحة الغير دون مصلحته الشخصية.

٥- أن يكمل ما بدأ به حتى يتيسر لصاحب الشأن القيام به بنفسه.

وجدير بالذكر إن هذه الفقرة اعتبرها شُراح القانون من الشروط وذكرتها تبعاً لهم، لكن في رأينا المتواضع إنها في الحقيقة والواقع من التزامات الفضولي، ومن الواضح أن هناك فرقاً ظاهراً بين الشرط والالتزام، فالأول سابق على الشيء، والثاني لاحق له.

٦- أن لا ينوي التطوع في بذل جهوده والتبرع في انفاقه لمصلحة الغير، ويعرف هذا الشرط عن طريق القرائن وظروف العامل والعمل.

٧- أن لا يظن أنه يعمل لمصلحة نفسه ثم يتبين أنه يعمل لمصلحة غيره، لأن العبرة بالنية، فلا يرجع بدعوى الفضالة على رب العمل، وإنما يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب[(١)].

٨- أن يبذل في عمله جهود الرجل المعتاد.

الركن الثاني/ المعمول:

وهو ما يقوم به شخص لمصلحة الغير من تصرف قانوني كالبيع والشراء، أو عمل مادي كإعادة سياج الجار المنهدم في غياب صاحبه.

ومن شروطه:-

١- أن يكون شأناً عاجلاً يخشى من تأخيره ضرر ليس في وسع صاحب الشأن القيام به بنفسه في الوقت المناسب.

٢- أن يكون ضرورياً لمن يقوم به له لمنع الضرر أو الخسارة التي تترتب على التأخير، وتقدر هذه الضرورة في الوقت الذي يحدث فيه التدخل لا بعد ذلك، سواء كان عملاً قانونياً كبيع ماله سريع التلف، أو عملاً مادياً كالدفاع الشرعي عن مال الغير المعرض للسرقة أو الغصب.

٣- أن يكون نافعاً لمن يقوم به له بحيث لا يتصور أن رب العمل كان يتأخر عن القيام به لو علم بحاجته إليه وكان في وسعه القيام به.

---

(١) الوسيط ١٣٩٨/١، مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية، ٤٧١/٢.

٤- أن لا يكون منهياً عنه من الشارع أو من صاحب الشأن، فلا تجوز إعانة الغير على الجريمة كتقديم التسهيلات إلى الغير لارتكاب جريمة، كما لا يجوز أن يتولى تزويج بنت الغير بدون إذن مسبق منها أو من وليها.

٥- أن يقصد به التفضل لأداء خدمة للغير بحيث لا يكون لمجرد مصلحته الشخصية، أما إذا كان لمصلحته ومصلحة آخر في وقت واحد لعدم استطاعته الفصل بين المصلحتين كترميم أحد الشركاء منزلاً مشتركاً أو إعادة بناء سياج جاره مستفيداً منه، فيبقى العمل محتفظاً بصفة الفضالة[١].

الركن الثالث/ المعمول له: الذي يسمى (رب العمل) أو (المفضل عليه) أو (المتفضل عليه) أو (المستفيد):

وهو من قام الفضولي بشأن عاجل لمصلحته.

ومن شروطه:-

١- أن لا يكون عالماً بعمل الفضولي وساكتاً سكوتاً يدل عرفاً على رضائه بتدخله، لأنه في هذه الحالة تسري على العمل أحكام الوكالة أو الإثراء بلا سبب[٢]. (الكسب دون سبب).

أما إذا لم يصدر عنه ما يدل على الرضى أو الرفض فيبقى خاضعاً لقواعد الفضالة[٣].

٢- أن لا يكون متهيئاً للقيام بنفسه بما قام به الفضولي، وإلا فلا يحق له الرجوع عليه بدعوى الفضالة، وإنما يسترد ما أنفقه من المال وأجر المثل لما بذله من جهود بدعوى الإثراء بلا سبب (أو الكسب دون سبب).

---

(١) المدني المصري، المادة (١٨٩).

(٢) المصدر السابق، المادة (١٩٠)، مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية ٢/٤٧٠.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ٢/٤٧٠.

تكييف الفضالة:

عالج علماء القانون هذا التكييف تحت عنوان (أساس الفضالة) الذي هو فلسفتها أي باعثها الدافع وعلتها الغائية، وبذلك خلطوا بين الأساس والتكييف، فعالجوا الثاني تحت العنوان الأول.

واختلفوا في هذا التكييف على اتجاهات متعددة أهمها سبعة كالآتي:-

الاتجاه الأول: ذهب إلى تكييفها بشبه العقد أو كما يقول القانون المدني الفرنسي[1] العقد الضمني باعتبار أن شبه العقد عمل اختياري مشروع وأبرز تطبيقاته الفضالة[2].

وهذا الاتجاه متأثر بالفكرة التقليدية القديمة الذاهبة إلى أن مصادر الالتزام هي: العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون. وهذه الفكرة رفضتها القوانين الحديثة.

الاتجاه الثاني: ذهب إلى تكييفها بالعمل غير المشروع، لأن الفضولي يلحقه الضرر المثل بالافتقار الناتج من نفقات أنفقها على إكمال العمل أو ما فاته من مكسب أو من جهود بذلها.

ثم أن المصدر في حقيقته ليس عمل الفضولي وإنما هو امتناع رب العمل عن رد ما أنفقه الفضولي أو بذله من الجهود، فهذا الامتناع هو عمل غير مشروع ومصدر للالتزام، وقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بلانيول[3] حيث ذهب إلى أن مصدر الالتزام في الفضالة ليس العمل المشروع الذي قام به الفضولي وإنما هو العمل غير المشروع الذي يصدر عن رب العمل بالامتناع عن رد ما يستحقه الفضولي، أي أن رب العمل بهذا الامتناع يرتكب خطأ ويُسأل مسؤولية تقصيرية.

ويُنتقد هذا الاتجاه بأن العمل سبب الالتزام وليس مصدراً له، ولا فرق في هذه السببية بين تكييفها بفعل نافع مشروع أو فعل ضار غير مشروع، ثم أن هذا الاتجاه يتعارض مع قول بلانيول بأن مصادر الالتزام اثنان: العقد والقانون، ويرد شبه العقد

---

(١) المادة (١٣٧٠).

(٢) الأستاذ حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات ٣٦/١ وما يليها.

(٣) الأستاذ صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص٧٩.

والجريمة وشبه الجريمة جميعاً إلى القانون. ثم أن هذا التقسيم للمصادر أهملته القوانين المعاصرة، لأنه مخالف للمنطق القانوني.

الاتجاه الثالث: رد الأساس أو التكييف إلى سلطان الإرادة، أو (الإرادة المنفردة)، وهذا الاتجاه صحيح من حيث أن الفضالة صورة من تطبيقات الإرادة المنفردة، لكنها ليست أساساً كما يقول صاحب الاتجاه وإنما هي سبب الالتزام، ثم إذا لم يلحقها إجازة رب العمل يرجع عليه الفضولي بدعوى الإثراء بلا سبب أو (كسب دون سبب) لا بدعوى الفضالة.

وتزعم هذا الاتجاه الثالث الفقيه الفرنسي (جوسران) [١]. ويُنتقد هذا الاتجاه بأن الإرادة المنفردة سبب الالتزام وليست مصدراً له.

الاتجاه الرابع: ذهب إلى أن الفضالة مبنية على أساس فكرة الإنابة باعتبار أن نتائج عمل الفضولي يجب أن تعرض على رب العمل لإقرارها، وهذا الاتجاه أشار إليه المدني الفرنسي[٢] في باب واجبات الوكيل.

الاتجاه الخامس: يرى أن الأساس هو أن الفضالة من صور الكسب دون سبب، وأن مصدر التزام الفضولي هو العمل المادي الذي قام به[٣].

وهذا الاتجاه خاطئ، لأن الفضالة عمل مشروع إنساني من باب التعاون على البر، بينما الكسب دون سبب عمل غير مشروع، بل هو جريمة في أكثر الحالات.

الاتجاه السادس: قال أن القانون مصدر غير مباشر في الفضالة، لأن القانون كما يكون مصدر الالتزام المباشر دون تدخل إرادة الإنسان كذلك يكون مصدراً غير مباشر عندما يتوقف نشوء الالتزام على تصرف قانوني أو واقعة قانونية. والمصدر المباشر هو العمل المادي الصادر من جانب الفضولي[٤].

والأخذ بهذا الاتجاه يؤدي إلى تعددية المصدر أو تجزئته بالنسبة لحكم واحد، وهذا مرفوض في المنطق القانوني وقواعد الفلسفة حيث لا ترد علتان تامتان على معلول واحد.

---

[١] الأستاذ زهدي يكن، أصول الالتزامات، ص٣٦ وما يليها.

[٢] المادة (١٩٩٨).

[٣] الأستاذ صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص١٩٣ وما يليها.

[٤] الأستاذ صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص١٩٤ وما يليها.

الاتجاه السابع: ذهب إلى أن القانون هو المصدر المباشر على أساس تكييف الفضالة بأنها واقعة مادية (عمل قانوني) وليس تصرفاً قانونياً، وعلى هذا الاتجاه ينكمش دور الإرادة في الفضالة، وهذا ما تبناه بعض علماء القانون[1].

وفي هذا الاتجاه خلط بين التصرف القانوني الذي ينحصر في العقد والإرادة المنفردة، على حد زعم علماء القانون، والواقعة القانونية التي تشمل جميع الأعمال الإرادية التي هي أيضاً من التصرفات القانونية، كما فيه الخلط بين سبب الالتزام ومصدره رغم أن الفضالة سبب والقانون مصدر، وقد سبق تفصيل هذا الخلط في الفصل الأول من هذا الكتاب.

والواقع أن استعراض أدلة هذه الاتجاهات وغيرها ومناقشتها من باب ضياع العمر والوقت ما دامت الاضطرابات سائدة فيها بالخلط بين أساس الفضالة وتكييفها، حيث عالجت هذه الاتجاهات تكييف الفضالة تحت عنوان أساس الفضالة مع الاختلاف الواضح بين المصطلحين، فأساس الشيء هو الباعث الدافع له أو العلة الغائية التي يُبنى عليها كل عمل إرادي صادر عن الإنسان.

بينما تكييف كل مصطلح قانوني هو إعطاؤه صفته القانونية وطبيعته القانونية.

كما يوجد في معالجة هذا الموضوع الخلط بين سببية الفضالة للالتزامات وبين مصدريتها لها.

تكييف الفضالة وأساسها في ميزان المنطق والفلسفة:

تكيّف الفضالة في ميزان المنطق بالإرادة المنفردة بداية، والوكالة مآلاً، لأنها قبل الإجازة تصرف فعلي إرادي انفرادي نافع، وهذا واضح لا يقبل الجدل والنقاش.

أما بعد الإجازة من قبل رب العمل أو من ينوب عنه فتُكيّف بأنها وكالة، لأن الإجازة اللاحقة بمثابة الوكالة السابقة، وهذا ما أقرته أكثر القوانين صراحة أو إشارة. وفي حالة عدم الإجازة يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب (الكسب دون سبب).

---

[1] منهم الأستاذ عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ٦١١/١ وما يليها.

أساس الفضالة:

الأساس يختلف بالنسبة لكل من العامل (الفضولي)، والمعمول له (رب العمـل)، وهـو بالنسبة للفضولي التعاون على البر رغم عدم قصد التـبرع كمـا أمـر بـه القـرآن في قولـه تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى﴾[1] لأن أفراد الأسرة البشرية كلهم أخوة وأخـوات كمـا قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى﴾[2] الآيـة. وشـيمة الأخـوة التعـاون والتكافل والتضامن في جميع مجالات الحياة ومستلزماتها.

أما أساسها بالنسبة لرب العمل فهو جزاء الإحسان بالإحسان كما أقـره القـرآن: ﴿هَـلْ جَزَاء الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾[3]، لأن الاستفهام هنا إقراري ومن باب المعاملة بالمثل، المقابلـة بالخير كما في الفضالة، وكالمقابلة بالمثل في الشر كما في الاعتداءات وفقاً لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[4]، فالفضـولي يقـوم بعمـل ديـني وإنساني وأخلاقي لمنفعة ومصلحة رب العمل، ولو لم يقصد التـبرع، لأن العمـل في الحـالتين عمل نافع إنساني، فليس من جزاء الفضولي المحسن أن يضيع مـن أحسـن إليـه معروفـه ويكون جزاؤه إضاعة ماله ومكافأته عليه بالإساءة.

وجدير بالذكر أن وفاء دين الغير بدون إذن أو نيابة يعد صورة من صور الفضالة وتنطبق عليه أحكامها ما لم يكن الموفي متبرعاً، ومن الخطـأ جعلـه قسـيماً لهـا كمـا فعـل بعـض القوانين منها الأردني القائم الذي قسم الفعل النافع إلى الكسـب بـلا سـبب وقـبض غـير المستحق والفضالة وقضاء دين الغير[5].

ولم يكن المشرع العراقي موفقاً في معالجة قضاء دين الغير بدون إذن أو نيابة من وجهين:

أحدهما: عالج قضاء دين الغير في الفصل الرابع تحت عنوان الكسـب دون سـبب مـع أن الكسب دون السبب عمل غير مشروع بل جريمة في أكثر الحالات، وقضاء ديـن الغـير عمـل مشروع إنساني من باب التضامن.

---

[1] سورة المائدة/٢.

[2] سورة الحجرات/١٣.

[3] سورة الرحمن/٦٠.

[4] سورة البقرة/١٩٤.

[5] المواد (٢٩٣-٣١٠).

والثاني: جعل الأصل في قضاء دين الغير هو التبرع، فلا يحق للموفى أن يرجع على المدين بما وفى به أو يحل محل الدائن ما لم يثبت بدليل أو قرينة خلاف ذلك. حيث تنص المادة (٢٩٣) من المدني العراقي على أنه: ((إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع)).

وهذا مخالف لقوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاء الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾. وجه الخطأ أنه يقر أن الأصل هو التبرع فلا يُصار إلى خلافه إلا بعد إثبات نية الرجوع على المدين، وهذا الاتجاه للمشرع العراقي المتأثر بآراء بعض فقهاء الشريعة مخالف لأمر الله المذكور والمنطق القانوني.

المطلب الثالث
أحكام الفضالة

من الواضح أن أحكام الفضالة هي الحقوق والالتزامات المترتبة عليها كسبب من أسبابها وأن مصدر هذه الأحكام هو القانون خلافاً لما عليه القانون والقانونيون من أن الفضالة هي المصدر لتلك الأحكام. والذي يهمنا في هذ الفرع هو استعراض الالتزامات المترتبة عليها من حيث كونها مصدراً كما يقول القانون وعلماء القانون. ومن حيث كونها سبباً لها كما يقول المنطق القانوني، وهذه الالتزامات بالنظر إلى شخص الملتزم قسمان: التزامات الفضولي والتزامات رب العمل.

أولاً- التزامات الفضولي:

١- على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه[1].

ومن الواضح أن القانون لا يلزم أحداً بأن يتولى شؤون غيره دون نيابة، لكن المتدخل هو الذي يلزم نفسه بذلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى هذا الالتزام يكون لاستبعاد

[1] المدني المصري (المادة ١٩١).

الخفة والاستهتار بشؤون الغير. وجدير بالذكر أن بعض شُراح القانون جعلوا هذا الالتزام شرطاً كما ذكرنا.

٢- يلتزم الفضولي بإخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك[١] حتى يباشر العمل بنفسه بدلاً من الفضولي.

٣- على الفضولي بذل عناية الشخص العادي في القيام بالعمل، فهو لا يكلف بتحقيق الغاية وإنما محل التزامه بذل العناية، لكن يكون مسؤولاً عن خطئه إذا كان عن إهمال أو تقصير.

وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية، لأنه يجب أن لا ينحرف الفضولي في القيام بعمله عن السلوك المألوف للشخص العادي، وإلا فيعد مخطئاً فيُسأل مسؤولية تقصيرية عن كل ضرر يلحق رب العمل نتيجة هذا التدخل، رغم أنه لا يكلف بأن يبذل جهداً غير معتاد. وإذا أناب الفضولي عنه شخصاً آخر للقيام بأعمال الفضالة كلها أو بعضها يكون النائب بمثابة نائب الوكيل في التصرفات القانونية، وبمثابة المقاول من الباطن في الأعمال المادية، ولرب العمل الرجوع على الفضولي عن خطأ نائبه على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه[٢].

٤- على الفضولي أن يرد ما استولى عليه بسبب الفضالة.

٥- عليه أن يقدم حساباً عما قام به شأنه شأن الوكيل، وإذا قام الفضولي بتصرف قانوني باسمه الشخصي لصالح رب العمل، فإن هذا التصرف ينفذ في حقه لا في حق رب العمل[٣].

أثر موت الفضولي أو رب العمل في التزامات الفضولي:

إذا مات الفضولي يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل، وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم[٤].

---

[١] المصدر السابق.

[٢] المدني المصري (المادة ١٩٢).

[٣] الأستاذ السنهوري، الوسيط ١٤١٦/١، الأستاذ مرقس، أصول الالتزامات، ص٥٦٨.

[٤] المدني المصري (المادة ١٩٤).

ومصدر هذه الالتزامات كلها هو القانون مباشرة، والفضالة سبب لها مطلقاً أياً كانت صفتها القانونية.

ثانياً- التزامات رب العمل:

ومن أهمها:-

١- تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عن رب العمل، فعليه تنفيذ الالتزامات المترتبة عليها باعتباره طرفاً فيها.

٢- تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسم رب العمل شخصياً.

٣- رد النفقات الضرورية النافعة التي أنفقها الفضولي، ودفع أجر المثل عما قام به من بذل جهود في عمله، وعلى سبيل المثل إذا قام الفضولي بما يدخل في أعمال مهنته كطبيب يسعف مريضاً أو مهندس يقيم جداراً، فإنه يستحق أجر المثل على عمله بالإضافة إلى المصروفات التي انفقها.

٤- تعويض الفضولي عن الضرر الذي أصابه بغير خطأ منه وبسبب قيامه بالعمل لمصلحة المتفضل عليه كأن قام الفضولي بإطفاء نار نشبت في مال رب العمل منقولاً كان أم عقاراً فأصابه ضرر نتيجة إطفاء الحريق، فيلتزم بدفع تعويض هذا الضرر.

وهذه الالتزامات تتعلق بذمة رب العمل وموضوعها الحقوق الشخصية للفضولي، فإذا مات رب العمل تتعلق هذه الديون بتركته، فيلتزم الورثة بإيفائها قبل توزيع التركة، لأن الديون المتعلقة بها مانعة من نفاذ تصرفاتهم، وهذا هو معنى القاعدة القانونية (لا تركة إلا بعد سداد الديون)، أي لا نفاذ لتصرف الورثة في التركة إلا بعد تسديد الديون أو إجازة الدائنين.

وفي الختام من الضروري الإشارة إلى النقاط الآتية:-

أ- تسري أحكام الفضالة على التصرفات القانونية للوكيل في إحدى الحالتين:-

١- إذا تجاوز في تصرفه حدود الوكالة.

٢- إذا قام بتصرفات قانونية للموكل بعد عزله وهو يجهل ذلك.

ب- تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الفضولي بحقه، وبإنقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه حق الفضولي.

ج- إذا غلط الفضولي في شخص رب العمل، فـإن الحقـوق والالتزامـات الناشـئة مـن مباشرة عمل الفضالة تقوم بينه وبين رب العمل الحقيقي.

د- إذا تصرف شخص في أمر ظاناً أنه له ثم تبين أنه لغيره، فإن العلاقات التي تقوم بينه وبين ذلك الغير تخضع لقواعد الكسب دون سبب أو الإثراء بلا سبب.

هـ- الفضولي الذي يتدخل في شؤون غيره خلافاً لرغبة هذا الغير المعروفـة المفترضـة، أو كان العمل مخالفاً لرغبته المفترضة يُسأل عن كل ما يلحق هذا الغير من ضرر نتيجـة فعله ولو لم يكن هناك خطأ يمكن أن يعزى إليه.

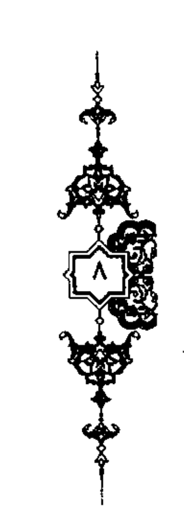
ز- للفضولي حق حبس الأشياء المملوكة لرب العمـل ضـماناً للمبـالغ الـتي تسـتقر في ذمته.

ح- فـي حالـــة تعدد الفضـــوليين إذا وقع من واحـد مـنهم خطـأ لا يسـري علـى الآخرين ما لم ينص على خلاف ذلك[1].

---

(1) في موضوع الفضالة يُنظر المصادر الآتية: المدني المصري (م/١٨٨-١٩٧)، الأردني (م/٣٠١-٣٠٨)، الكويتي (م/٢٦٩-٢٧٨)، اللبناني (م/١٤٨-١٦٤)، المغربي (الفصول ٩٤٣-٩٥٥)، العراقي (م/٢٣٦-٢٣٩). وهذا القانون لم يتناول الفضالة صراحة لكن ذكر بعض تطبيقاتها كالوفاء بدين الغير. ويُنظر المراجع الآتية: الأستاذ السنهوري، الوسيط ١٣٨٤/١ وما يليها، الأستاذ عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص٦١١ وما يليها، الأستاذ صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص١٩٠ وما يليها، مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية، المرجع السابق، ٤٦٥/٢ وما يليها.





الفصل الثامن

العمل غير المشروع

العمل غير المشروع الضار سبب آخر من أسباب الالتزامات المدنية والجنائية التي مصدرها القانون.

وقد اختلفت القوانين المدنية العربية في التعبير عن هذا السبب، فمنها ما استعمل نفس التعبير المذكور[1]، ومنها ما عبر عنه بـ (الفعل الضار)[2]. ومنها ما اطلق عليه مصطلح (الإثراء بلا سبب)[3].

والتعبير الدقيق هو (العمل غير المشروع) للأسباب الآتية:-

أ- لأن النسبة المنطقية بين الفعل الضار والعمل غير المشروع عموم وخصوص مطلق، فكل عمل غير مشروع ضار لأن عدم المشروعية لكل شيء مبني على اشتماله على المضرة (أو المفسدة) دون العكس الكلي، لأنه قد يكون الفعل ضاراً بالنسبة لصاحبه لكنه مشروع باعتبار آخر خارجي، كعقاب الجاني وهو فعل ضار بالنسبة إليه وإلى أسرته ومجتمعه بينما هو مشروع باتفاق الشرائع والقوانين لما يترتب عليه نفع عام من حماية حقوق الناس، وكإتلاف الأدوية الفاسدة والمواد الغذائية التي تصبح غير صالحة للاستهلاك بسبب مضي الزمن على إنتاجها.



---

(1) كالمدني العراقي القائم، المواد (١٨٦-٢٣٢)، والسوري (١٦٤-٢٩٨).

(2) كالمدني الأردني، المواد (٢٥٦-٢٩٢).

(3) كالمدني المصري، المواد (١٧٩-١٩٧).

ب- مصطلح (الإثراء بلا سبب) غير دقيق من وجهين:
أحدهما: كل كسب بدون سبب سببٌ للالتزام برد المال المكتسب لصاحبه الشرعي بغض النظر عن قيمته وكميته وتأثيره على المركز الاقتصادي لفاقده من حيث الافتقار أو واجده من حيث الاغتناء كما ذكرنا سابقاً.
والثاني: القانون الذي استعمل تعبير الإثراء بلا سبب قسمه إلى دفع غير المستحق، والفضالة مع أن الفضالة عمل نافع مشروع، فكيف يتصور أن يكون القسم مشروعاً ومقسمه غير مشروع.
والاستعمال الصائب هو (العمل غير المشروع) لأنه بالإضافة إلى الملاحظات المذكورة تعبير عام يشمل الفعل والقول والامتناع.
وبعد هذا التمهيد الوجيز فإن طبيعة الموضوع (العمل غير المشروع) تتطلب توزيع دراسته من الناحية الشكلية على أربعة مطالب. يخصص المطلب الأول لمقدمات توضيحية ذات صلة بالموضوع، والثاني لقواعد عامة ذات صلة بالموضوع، والثالث للأعمال غير المشروعة الشخصية، والرابع للأعمال غير المشروعة غير الشخصية.

المبحث الأول
مقدمات توضيحية ذات صلة بالموضوع

أولاً- العمل جنس يندرج تحته نوعان وهما العمل المشروع والعمل غير المشروع.
والأول: هو كل عمل لا يكون مخالفاً للشرع والقانون والنظام العام والآداب العامة.
والثاني: كل عمل يخالف الشرع أو القانون أو النظام العام أو الآداب العامة.
ومرد النظام العام إلى القواعد الآمرة في الشرع أو القانون، ومرد الآداب العامة إلى القيم والأخلاق الحميدة السائدة في المجتمعات.
والمشروعية وعدم المشروعية مبنيتان على الحسن والقبح الشرعيين أو العقليين، وهما مبنيان على النفع والضرر.

ثانياً- كما أن العمل المشروع سبب الالتزامات كالعقد والفضالة ومصدره هو القانون أو الشرع، كذلك العمل غير المشروع سبب للالتزامات المدنية أو الجنائية ومصدرها هو القانون أو الشرع.

ثالثاً- فلسفة الالتزامات المدنية والجنائية هي المصلحة (المنفعة المستجلبة والمضرة المستدرءة)، فالقانون يشرع ويعدل ويلغى على أساس المصلحة ومقتضياتها، وكل تشريع قانوني إذا لم يستهدف تحقيق مصالح المجتمع الخاضع له يكون عبثاً وعملاً تافهاً يرفضه العقل السليم والمنطق القانوني.
والشرائع الإلهية المتعاقبة التي كلف الأنبياء والرسل بتبليغها للأسرة البشرية وبالدعوة إلى العمل بمقتضاها كلها أتت لخدمة البشرية وتحقيق مصالحها، لأن شارعها غني مطلق عن العالمين وعن تلك المصالح.
وفي مقدمة تلك الشرائع الرسالة المحمدية المعدلة للرسالات السابقة التي انحصرت وظيفتها وفلسفتها في تحقيق مصالح الناس كما نص على ذلك قوله تعالى مخاطباً نبيه محمداًﷺ: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[1].

---
[1] سورة الأنبياء/١٠٧.

وفي علم البلاغة الاستثناء بعد النفي للحصر كما في التشهد (لا إله إلا الله) ولا غاية للرسالة المحمدية إلا الرحمة البشرية، والرحمة هي المصلحة بجانبيها: الجانب الإيجابي (المنفعة المستجلبة)، والجانب السلبي (المضرة المستدرءة) سواء أكانت تلك المصلحة مادية أم معنوية، دنيوية أم أخروية.

رابعاً- يرجع الحلال والحرام في المعاملات المالية إلى قاعدتين عامتين يجب أن تطبقا في كل زمان ومكان وأن تراعيا في كل عمل إرادي للإنسان:

إحداهما: كل عمل فيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما يكون جائزاً، شريطة أن لا يكون هذا النفع على حساب ضرر أو خسارة شخص آخر.

والثانية: هي أن كل عمل فيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما يكون غير جائز ما لم يترتب على هذا العمل الضار نفع عام للصالح العام. وذكرنا قبيل هذا الكلام أن عقاب الجاني ضرر له ولأسرته ولمجتمعه، ورغم ذلك أقرت الشرائع والقوانين مشروعية هذا العقاب لما فيه من حماية حقوق الناس.

وإتلاف الأدوية الفاسدة في الصيدليات، والمواد الغذائية في مخازن التجار التي لا تصلح للاستهلاك من قبل السلطة العامة أو المكلفة بالخدمة العامة عمل مشروع بل واجب رغم الضرر المادي الذي يلحق أصحابها، لأن في إتلافها حماية الصحة العامة.

وقد استنتجتُ هاتين القاعدتين بعد خبرة زهاء سبعين سنة مع الشريعة وخمسين منها مع القانون من قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾.

خامساً- على المشرع حين تشريع القوانين، وعلى المجتهد في حالة استنباط الأحكام من مصادرها، وعلى المفتي في الإفتاء بآراء المجتهدين أن يراعي القاعدة العامة المتفق عليها (لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)[1]. لأن الأحكام المبنية على المصالح البشرية تتغير بتغير تلك المصالح في كل زمان ومكان، فقد يكون الحكم صالحاً لزمان وغير صالح لزمان آخر، وكذلك الأمر بالنسبة لاختلاف الأمكنة.

سادساً- المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع اعتبرها علماء القانون مسؤولية تقصيرية، ومن الواضح أنها نوع من المسؤولية المدنية المقسمة إليها وإلى العقدية، في حين أن هذه المسؤولية كما تكون مدنية تكون جنائية حسب طبيعة الخطأ من حيث كونه خطأً جنائياً أو خطأً مدنياً.

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٩).

ما الخطأ الجنائي وما الخطأ المدني؟

أ- الخطأ الجنائي: هو الإخلال بواجب قانوني يحدده قانون العقوبات أو أي قانون جنائي آخر ويتكون من عنصرين: مادي ومعنوي.

١- العنصر المادي: هو الإخلال بواجب قانوني حدده القانون الجزائي.

٢- العنصر المعنوي: هو إدراك المخل بأنه أخل بواجب حدده القانون الجنائي.

وبناءً على ذلك تكون الأعمال غير المشروعة الجنائية محدودة.

ب- الخطأ المدني: هو الإخلال بواجب قانوني حدده القانون مطلقاً بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كما في القواعد العامة التي تقضي بأن على كل إنسان أن لا يلحق الضرر بالغير بدون مبرر.

وعلى هذا الأساس تكون الأعمال غير المشروعة المدنية غير محدودة وغير محصورة.

ويكفي في الخطأ المدني توفر العنصر المادي وحده (الإخلال بواجب قانوني) في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به سواء أدرك المخل إخلاله أو لا.

وينبني على هذا الاتجاه إقرار المسؤولية التقصيرية لعديم الأهلية، فيجب التعويض في ماله وإن لم يكن له مال يدفعه وليه أو وصيه أو قيمه، ثم يرجع عليه إذا حصل له المال[1].

أما في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به[2] فلا فرق بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي من حيث ضرورة توافر العنصرين المادي والمعنوي.

وينبني على هذا الاتجاه عدم مسؤولية عديم الأهلية مسؤولية تقصيرية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

سابعاً- يتفق الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به مع الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به في ضرورة توافر عنصري الخطأ المادي والمعنوي في ثلاث حالات:-

---

(١) وقد نصت المادة (١٩١) من المدني العراقي القائم على الآتي: ((إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله)).

(٢) كالمدني المصري، المادة (١٦٢) التي نصت على أنه ((يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز)). وكالمدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢ (المادة ٣٠٨) التي تنص على أنه ((يكون الشخص مسؤولاً في ماله عن أعماله غير المشروعة إذا ارتكبها في حق غيره وهو مميز الخ)).

إحداها: أن يكون الخطأ جنائياً فلا جريمة ما لم يكن الخطأ فيها مستوفياً لعنصريه.
والثانية: أن يكون الخطأ بصورة غير مباشرة كمن أهمل حيواناً مملوكاً له معروفاً بالإضرار فدخل مزرعة فأتلفها.
أما إذا لم يكن صاحبه مهملاً أو مقصراً فلا ضمان ولا التزام على صاحبه للقاعدة العامة: (جناية العجماء جبار)[١] أي هدر.
والثالثة: أن يكون الخطأ سلبياً كمن امتنع عن إطفاء نار أشعلها في مكان فتسربت إلى مال شخص آخر فأحرقته.
ففي هذه الحالات الثلاث يجب أن يتوافر في الخطأ كلا العنصرين المادي والمعنوي وهو الإخلال بواجب قانوني، وإدراك المخل بأنه أخل بواجبه القانوني.
وبناءً على ذلك تكون عناصر المسؤولية التقصيرية في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به هي: (الخطأ + الضرر + علاقة السببية).
أما في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به فيما عدا الحالات الثلاث المذكورة فتكون عناصر المسؤولية التقصيرية هي: (العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية).
ثامناً- في الالتزام بالتعويض قد يكفي عنصر الضرر وحده دون الحاجة إلى العمل غير المشروع أو الخطأ المباشر أو غير المباشر بناءً على قاعدة (الغرم بالغنم)[٢]. وهذه القاعدة مأخوذة من السنة النبوية بنفس العبارة أو بمعناها، وقد فرع الفقهاء على هذه القاعدة قاعدة أخرى[٣] (النعمة بقدر النقمة، والنقمة بقدر النعمة)، ومنطوق القاعدة هو أن من يتمتع بنفع شيء يتحمل ضرره أو من يكون مسؤولاً عن ضرر شيء يكون له نفعه. وعلى سبيل المثل العامل في مصنع أو معمل إذا أصيب بعاهة مستديمة نتيجة العمل في هذه المؤسسة الاقتصادية أو نتيجة استخدامه لجهاز من أجهزتها يلتزم صاحبها سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً بتعويض هذا العامل من الضرر الذي أصابه رغم عدم وجود أي خطأ للملتزم بهذا التعويض، وذلك على أساس أنه ينتفع بنفع جهود هذا العامل أو بربح المؤسسة الذي يسمى غنماً، فيجب عليه التعويض الذي يسمى غرماً.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية، المادة (٩٤).
[٢] مجلة الأحكام العدلية، المادة (٨٧).
[٣] مجلة الأحكام العدلية، المادة (٨٨).

بناءً على هذه الحقيقة لا داعي إلى القول بالخطأ المفترض لصاحب تلك المؤسسة الاقتصادية كما قال به بعض الجهات القانونية[1].

تاسعاً- العمل غير المشروع إما مدني أو جنائي، وبالتالي من الطبيعي أن يكون الالتزام أيضاً إما مدنياً أو جنائياً، وقد سبق مفصلاً بيان الفروق الجوهرية بينهما.

وبالنظر إلى أن الالتزام الجنائي محل دراسته يكون في قانون العقوبات القسم العام والقسم الخاص، نقتصر على الالتزام المدني الذي سببه هو العمل غير المشروع المدني ومصدره هو القانون.

المبحث الثاني

القواعد القانونية ذات الصلة بالعمل غير المشروع

صلة هذه القواعد بالعمل غير المشروع هي أنها تتناول أحكام الإضرار بالغير، ومن البدهي أن كل إضرار بالغير بدون مبرر شرعي أو قانوني عمل غير مشروع.

أما إذا كان هناك مبرر مقبول فيتحول العمل من الصفة غير المشروعية إلى المشروعية استثناء، كما في حالات وجود سبب من أسباب الإباحة التي أهمها الدفاع الشرعي وأداء الواجب واستعمال الحق. فمن ألحق ضرراً مادياً او معنوياً أو جسدياً بالمعتدي في حالة الدفاع عن خطر حال يمس حقاً من حقوقه أو حقوق غيره التي يحميها القانون لا يكون مسؤولاً لا جزائياً ولا مدنياً إذا توافرت أركان وشروط هذا الدفاع وانتفت موانعه.

وكذا إذا ألحق المكلف بخدمة عامة ضرراً بمال الغير بناءً على أمر القانون أو أمر رئيسه كإتلاف المواد الغذائية في مخازن التجار أو غيرها لعدم صلاحيتها للاستهلاك لا يكون مسؤولاً لا جزائياً ولا مدنياً عن تلك الأضرار إذا توافرت أركان وشروط أداء الواجب وانتفت موانعه وكان أداء الواجب يتوقف على هذا الإضرار.

---

[1] منها القضاء الفرنسي الذي حكم بالتعويض على أساس الخطأ المفترض لصاحب المعمل أو المصنع بعد قيام الثورة الصناعية في أوروبا.

وكذلك من ألحق ضرراً مادياً أو جسدياً بالغير نتيجة استعمال حق أقره الشرع أو القانون لا يكون مسؤولاً لا جنائياً ولا مدنياً لا بالعقاب ولا بالتعويض ما لم يكن متعسفاً في استعمال الحق[١].

أما ارتكاب الأعمال غير المشروعة تحت ضغط الضرورة أو الإكراه فالعمل غير المشروع لا يتحول إلى المباح، فلا يجرد هذان الحدثان (الإكراه والضرورة) العمل من صفة عدم المشروعية بل يبقى محتفظاً بهذه الصفة، ولكن ترتفع المسؤولية الجزائية رخصة وتبقى المسؤولية المدنية.

وبناءً على ذلك من أتلف مال الغير تحت ضغط الضرورة أو الإكراه يكون ملزماً بجبر الضرر عن طريق رد المثل في المثليات، والقيمة يوم التلف في القيميات، لأن العمل يكون جائزاً لعذر رخصة لا إباحة، غير أنه في حالة الإكراه يتحمل المكرِه (بكسر الراء) مسؤولية الضرر على الرأي الراجح.

ومن أهم تلك القواعد ما يلي:

أولاً- قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)[٢]:

منطوق هذه القاعدة هو أن العمل غير المشروع المحظور لعدم مشروعيته يتجرد عن الصفة الجرمية ويتحول إلى المباح إذا قام به شخص تحت ضغط الضرورة. وهذا خطأ شائع لا يغتفر، لأن الضرورة من موانع المسؤولية الجنائية فترتفع المساءلة الجزائية ولكن تبقى المسؤولية المدنية التقصيرية وبالتالي يبقى الالتزام بجبر الضرر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل الإضرار.

والصواب هو أن تعدل هذه القاعدة بالآتية: (الضرورات تجيز المحظورات).

فالضرورة عذر الإجازة دون الإباحة، لأنه في حالة الضرورة يتحقق إذن الشارع رخصة دون إذن صاحب المال المتلف تحت ضغط الضرورة.

ومن المؤسف أن نجد علماء الفقه والقانون يقرون صحة هذه القاعدة بالإجماع، ويعترفون بإباحية كل عمل غير مشروع إذا ارتكب تحت ضغط الضرورة، رغم الفرق الواضح بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية[١].

---

[١] يُنظر مؤلفنا: أسباب إباحة الأعمال الجرمية للإطلاع على تفصيلات هذه الأسباب.

[٢] مجلة الأحكام العدلية، المادة (٢١).

ثم أن هذه القاعدة تتناقض مع القاعـدة الـتي تليهـا وهـي (الاضـطرار لا يُبطـل حـق الغير)[٢].

أي من قام بعمل غير مشروع فألحق ضرراً بالغير تحت ضغط الاضطرار فإنه لا يبطل حـق المضرور في مطالبة التعويض عن الضرر الذي لحقه كمن أكل مال الغير لإنقاذ حياته أو سرق مالاً لإنفاقه على نفسه وعلى من تجب عليه نفقته لإنقاذ الحياة مـن المـوت، فإنـه لا يُسـأل جنائياً ولكن يجب عليه تعويض المال المتلـف أو المسـتهلك إذا طالـب بـه صـاحبه، والقـول بإباحية العمل غير المشروع المرتكب تحت ضغط الضرورة خلط بين الإباحة والجـواز مـن جهـة وبين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية من جهة أخرى.

ومن مكملات قاعدة (الضرورات تجيز المحظورات) القواعد الآتية:-

أ- قاعدة (ما جاز لعذر بطل بزواله)[٣]. لأن الجواز كان رخصة واسـتثناء مـن القاعـدة العامة التي تقضي بعدم جواز مس حق يحميه القانون بدون مبرر أو عـذر، فـإذا زال العـذر المجيز يرجع الحكم إلى أصله وهو عدم الجواز.

ب- قاعدة (إذا زال المانع عاد الممنوع)[٤] لأن العمـل بالمـانع في حالـة تعارضـها مـع المقتضي، كان نتيجة العمل بقاعدة (إذا تعارض المانع والمقتضي يقـدم المـانع)[٥]. فـإذا زال المانع يجب العمل بالمقتضي لأن العلة الغائية لتقديم العمل بالمـانع علـى العمـل بالمقتضـي تزول بزوال المانع، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

ج- قاعدة (الضرورات تقدر بقدرها)[٦]، لأن حالة الضرورة حالة استثنائية مـن الأصـل فإذا زالت يجب الرجوع إلى الأصل.

---

(١) يُنظر مؤلفنا: موانع المسؤولية الجنائية في التشريع الجنائي الإسلامي والتشريعات الجزائية العربية.
(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٣).
(٣) المجلة، (م/ ٢٣).
(٤) المجلة، (م/٢٤).
(٥) المجلة، (م/٤٦).
(٦) المجلة، (م/٢٢).

ولأن الزيادة على مقتضى الضرورة تكون بلا عذر مشروع، فلا تكون مشمولة بالجواز رخصة.

ثانياً- قاعدة (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يُضاف الحكم إلى المباشر)[1]:

من الواضح أن الإضرار بالغير إما مباشر أو غير مباشر، والمباشر هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل آخر مختار، كمن حفر بئراً في مكان غير مسموح به كالطريق العام فوقع فيها حيوان فتلف، فالتلف في هذه الحالة يكون من الفعل المباشر للحافر.

وغير المباشر (أو المتسبب) هو الذي تخلل بين فعله والنتيجة فعل آخر مختار، كالمثال المذكور إذا حصل الوقوع في البئر بفعل شخص آخر، فالحافر متسبب لأنه لولا الحفر لما وقع الحدث، والملقي فاعل مختار مباشر.

وعلى أساس القاعدة المذكورة تقع عليه المسؤولية التقصيرية عن ضرر التلف.

وفي رأينا المتواضع إن الحافر لا يخلص من المسؤولية إلا إذا كان الحفر في مكان مسموح ومشروع بأن يكون في حديقته أو بستانه لغرض إسقاء الأشجار بمائها.

أما إذا كان الحفر في مكان غير مشروع فلا يخلص من المسؤولية بجزء من تعويض أو بعقاب تعزيري على عمله غير المشروع وأخذ التعويض من المباشر.

وهذه القاعدة رغم انتشارها وشيوعها في الفقه الإسلامي وفي القوانين إلا أنها إذا أخذت على إطلاقها تكون قاعدة غير صحيحة، لذا نقترح أن تعدل بالآتي: (إذا اجتمع المتسبب والمباشر ينسب الحكم إلى المتغلب منهما، وإن تساويا يتساوى الحكم بينهما) كما يلي:-

١- إذا كان المتسبب متغلباً يكون هو الضامن والملتزم بدفع التعويض دون المباشر، ومن تطبيقات هذه الصورة:-

أ- حالة الإكراه: من أكره شخصاً على إتلاف مال الغير، فالمكرِه (بكسر الراء) متسبب والمكره مباشر فتقع على الأول المسؤولية، لأنه المتغلب لكون الثاني بمثابة آلة التنفيذ.

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، (المادة ٩٠)، المدني الأردني (المادة ٢٥٨).

ب- حالة كون المباشر غير أهل لتحمل المسؤولية والالتزام كمن قطع حبلاً ربط به حيوان مضر فدخل مزرعة فأتلفها أو أتلف أي مال آخر بعد إطلاق سراحه، يكون المسؤول هو المتسبب دون المباشر وفقاً لقاعدة (جناية العجماء جبار) أي هدر لعدم أهليته للالتزام.

ج- لو دل المودع عنده لصاً على مكان الوديعة التي أودعت عنده فسرقها اللص بحيث لم يكن بالإمكان استرداد المال المسروق لكان الضمان على المودع عنده رغم كونه متسبباً غير مباشر.

٢- ومن تطبيقات كون المباشر مسؤولاً وضامناً ملتزماً دون المتسبب لكونه متغلباً في الحدث: من حفر بئراً في مكان غير مسموح له كالطريق العام فأوقع فيها شخص مالاً للغير يكون الموقع المباشر هو الضامن رغم عدم مشروعية عمل كليهما (المتسبب والمباشر).

لكن يجب على السلطة العامة عقاب حافر البئر بعقوبة تعزيرية على عمله غير المشروع.

٣- ومن تطبيقات حالة تساوي المسؤوليتين بين المتسبب والمباشر: أن يمسك شخص يد شخص آخر ويأخذ ثالث نقود الممسوك، فالمسؤولية تقع على كليهما بالتساوي، لأنهما رغم اختلافهما بالسببية والمباشرة إلا أنهما يعدان شريكين في ارتكاب العمل غير المشروع، كما نصت على ذلك المادة (٤٨) من قانون العقوبات العراقي القائم:

((يعد شريكاً في الجريمة:-

١- من حرض على ارتكابها فوقعت بناءً على هذا التحريض.

٢- من اتفق مع غيره على ارتكابها فوقعت بناءً على هذا الاتفاق)).

وجدير بالذكر أن كثيراً من الشُراح خلطوا بين المباشرة والتسبب في كثير من أمثلتهم في هذا الموضوع ومنها ما يلي:-

أ- يقول الأستاذ علي حيدر[1]: ((لو شق شخص زقاً[2] مملوءاً زيتاً أو قطع حبلاً معلقاً به قنديل فتلف الزيت الذي فيه وأنكسر القنديل فيترتب الضمان عليه وإن لم يخرج عن كونه متسبباً)).

وتسمية هذه الصورة تسبباً خطأ واضح، لأن التسبب لا يكون ما لم يتدخل فعل آخر مختار بين فعل المباشر والنتيجة.

---

[1] شرح مجلة الأحكام العدلية، ٨١/١.

[2] الزق: جلد يستعمل لحمل الماء.

ب- يقول الأستاذ الشيخ علي الخفيف[١]: ((لو وضع شخص جمراً فاحترق به شيء ضمنه، ولكن لو حركت الريح هذا الجمرة من مكان إلى مكان آخر من الطريق فاحترق به شيء لم يضمنه، لأنه بين فعله وبين التلف ما يمنع نسبته إلى فعله)).

وهذا خطأ واضح من وجهين:-

أحدهما: لم يتدخل بين فعله والنتيجة فعل آخر مختار.

والثاني: أن انتشار النار في مثل هذا المكان أمر متوقع قبل الوقوع، كمن يسوق سيارة مخالفاً لنظام المرور وهو يتوقع إحداث ضرر في الطريق، وهذا ما يسميه علماء القانون الجنائي (الخطأ المتوقع).

ج- يقول الأستاذ وهبة الزحيلي[٢]: ((من دفع إلى صبي سكيناً أو سلاحاً ليمسكه فيقتل به نفسه أو غيره فلا ضمان على الدافع، لأنه متسبب وإنما الضمان على نفس الصبي لأنه مباشر)).

وهذا أيضاً خطأ لعدم تدخل فعل مختار فلا تنطبق قاعدة (المتسبب والمباشر) على هذه الحالة، لأن الدافع يسمى الفاعل المعنوي المباشر لعدم إدراك الصبي بسبب كونه عديم الأهلية، فالدافع هو المسؤول عن النتيجة سواء قتل الصبي نفسه أو قتل شخصاً آخر، لأن الصبي في هذه الحالة بمثابة آلة التنفيذ بخلاف ما إذا كان القاتل إنساناً بالغاً عاقلاً.

وهكذا نجد كثيراً من هذه الأخطاء يقع فيها كبار العلماء في اجتهاداتهم نتيجة عدم إعطاء العقل والمنطق دورهما في اجتهاداتهم.

ومن الأخطاء الواضحة المتعلقة بقاعدة: (إذا اجتمع المتسبب والمباشر ينسب الحكم إلى المباشر) قاعدة: (المباشر ضامن بلا شرط والمتسبب ضامن إذا تعمد أو تعدى)[٣]، أي أن الإضرار يكون إما بالمباشرة أو بالتسبب، فإن كان بالمباشرة لزم الضمان مطلقاً ولا شرط له.

وإذا وقع بالتسبب فيشترط توفر التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر.

وهذا الخطأ مبني على عدم التمييز بين التعمد والتعدي والعمل غير المشروع.

التعمد: هو قصد الإضرار بالغير أي الإضرار بقصد جنائي أو سوء النية.

---

(١) نظرية الضمان، ص٧٦.

(٢) نظرية الضمان، ص١٩٠.

(٣) المدني الأردني، المادة (٢٥٧).

والتعدي: هو تجاوز على حق الغير بدون مبرر ويسمى (العمل غير المشروع) سواء أدرك الفاعل عدم مشروعية عمله أو لا، فإذا لم يتوفر في كل حدث ضار لا التعمد ولا التعدي يكون هذا الحدث جائزاً ولا يعد عملاً غير مشروع. وبناءً على ذلك لا يعد الفعل خطأ وبالتالي عملاً غير مشروع في قاموس المنطق والقانون والفقه ما لم يتوافر فيه عنصر التعدي أو التعمد.

ثالثاً- قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)[1]:

هذه القاعدة نصية وثبت أنها من السنة النبوية. وفي رواية أخرى (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام).

وتتميز هذه القاعدة بميزات منها ما يلي:-

١- قاعدة نصية وليست اجتهادية كما ذكرنا. والقاعدة الاجتهادية هي من صنع عقل المجتهد مثل (الاجتهاد لا ينقض بمثله)[2]، أي لا ينقض بالنسبة للماضي وما بني عليه من الأحكام رعاية لاستقرار المعاملات، أما بالنسبة للمستقبل فإنه من الممكن أن ينقض بمثله لأنه مبني على مصلحة فإذا تغيرت يتغير.

٢- القاعدة تتضمن التزامين: عام وخاص، فمنطوق جزئها الأول (لا ضرر) هو أن المفروض في كل إنسان يكون عضواً في الأسرة البشرية أن يكون متعهداً بأن لا يلحق الضرر بالغير بدون مبرر شرعي أو قانوني.

ومنطوق جزئها الثاني (لا ضرار) هو أنه لا تجوز المقابلة بالمثل في الأضرار المدنية، بل لمن يلحقه ضرر من فعل الغير أن يطالبه ببدل من مثل في المثليات، وقيمة يوم حدوث الضرر في القيميات.

فليس لمن أتلف ماله شخص أن يتلف مال ذلك الشخص وإلا ضمن كل منهما ما أتلفه.

لكن تجوز المقابلة بالمثل في جرائم الأشخاص، كما في قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا[3] أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[1] الآية.

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، (م/١٩).

[2] المجلة (م/١٦).

[3] أي في التوراة.

٣- قاعدة اقتضائية[٢] وهي بالإضافة إلى منطوق جزئيها كما ذكرنا تعد من باب اقتضاء النص أو دلالة الاقتضاء لأنها تقتضي ضم ضميمة إليها حتى تدل على المعنى المراد لعدم صحة الأخذ بظاهرها وهو عدم وقوع ضرر أو ضرار في الواقع ونفس الأمر، لأن وقوعهما من البدهيات.

فبناءً على ذلك يكون تقدير القاعدة (لا جواز لضرر ولا لضرار).

٤- الجزء الثاني من القاعدة المذكورة تكملها وتوضحها قاعدة عامة أخرى وهي: (الضرر لا يُزال بمثله)[٣].

٥- لهذه القاعدة استثناءات في قواعد أخرى منها ما يلي:-

أ- قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام)[٤]: كما في التطبيقات الآتية:

١- الضريبة على أموال المتمولين ضرر خاص بالنسبة إليهم لكن هذا الضرر الخاص مشروع عند عجز الميزانية العامة، وهذا العجز ضرر عام فيدفع بهذا الضرر الخاص رعاية للمصلحة العامة، وقد أقرت مشروعية ذلك جميع القوانين.

٢- إتلاف الأدوية الفاسدة في الصيدليات والمواد الغذائية المخزونة لدى التجار إذا أصبحت غير صالحة للاستهلاك ضرر خاص لأصحابها، لكن عليهم أن يتحملوا هذا الضرر لدرء ضرر عام وهو الإخلال بالصحة العامة.

٣- في حالة الهجوم المسلح من طرف عدو على البلد يجب على كل من يستطيع حمل السلاح أن يترك أعماله اليومية ويُساهم في الدفاع عن بلده، لأن ضرر البلد عام وضرر الأفراد خاص، فيضحّى بالخاص في سبيل درء العام.

٤- يمنع الطبيب غير الأهل من ممارسة علاج المريض حماية للصحة العامة، كما يمنع رجل الدين غير أهل للفتوى من ممارسة الإفتاء حماية للنظام العام.

---

[١] سورة المائدة/ ٤٥.

[٢] قد يترك في النص كلمة أو عبارة وجودها ضروري لدلالة النص على المعنى المراد، لكنها تترك إما لخطأ أو جهل أو وضوح أو لأي سبب آخر فعلى شارح النص أو القاضي أو المفتي أن يراعي تلك الكلمة أو العبارة وأن يفرض وجودها في النص. يُنظر مؤلفنا: أصول الفقه في نسيجه الجديد، ٢/٤٠٧ وما يليها.

[٣] المجلة، (م/٢٥).

[٤] المجلة، (م/٢٦).

والقاعدة المذكورة تقضي بأنه إذا تعارض ضرر عام مع ضرر خاص ولم يمكن الجمع بينهما، فيجب تقديم العام على الخاص في الرعاية والعمل.

ب- قاعدة (الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف)[١]: وعلى سبيل المثل إذا كان وصول سيارة إطفاء الحريق إلى المكان الذي اشتعلت فيه النار متوقفاً على هدم جدار مملوك لشخص يجوز هدم هذا الجدار مع تعويض عادل لصاحبه لغرض إطفاء الحريق، لأن ضرر الحريق أشد من هدم الجدار وبوجه خاص إذا كان في أموال عامة.

ج- قاعدة (يُختار أهون الشرين)[٢]: فمن أصيبت يده مثلاً بمرض السرطان يجوز قطعها عن طريق لجنة طبية مختصة لمنع انتشار المرض، لأن حظر القطع أهون شراً.

د- قاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المنافع)[٣]: أي إذا تعارضت مضرة ومنفعة تدرء المضرة أو المفسدة عن طريق ترك جلب المنفعة، وعلى سبيل المثل يمنع الجار من رفع بناء داره على دار جاره إذا منع ذلك الجار من الانتفاع بأشعة الشمس أو الهواء النقي، وكذلك يمنع كل شخص من استعمال حقه إذا كان في هذا الاستعمال تعسف.

رابعاً- قاعدة (الجواز الشرعي يُنافي الضمان)[٤]:

منطوق هذه القاعدة هو أنه لو فعل شخص ما أجيز له شرعاً أو قانوناً ونشأ عن فعله هذا ضرر للغير فلا يكون ضامناً لهذا الضرر إذا لم يكن متعسفاً في استعمال حقه، وعلى سبيل المثل من حفر بئراً في بستانه لسقي أشجاره فوقع فيها حيوان أو إنسان أو أي مال آخر فهلك أو تلف أو نقصت قيمته أو منفعته لا يكون الحافر ضامناً لهذا الضرر، وبالتالي لا يكون ملتزماً بدفع تعويضه.

وجدير بالذكر أن الجواز الشرعي إما أصلي كما في المثال المذكور، وإما استثنائي رخصة لعذر كأكل مال الغير بدون إذنه تحت ضغط الفقر والحاجة فهذا الجواز الشرعي الاستثنائي لا ينافي الضمان، لذا يجب تقييد القاعدة المذكورة بقيد (الأصلي) على أساس دلالة الاقتضاء أي (الجواز الشرعي الأصلي ينافي الضمان)، أما الجواز الشرعي الاستثنائي على سبيل

---

[١] المجلة، (م/٢٧).
[٢] المجلة، (م/٢٩).
[٣] المجلة، (م/٣٠).
[٤] المجلة، (م/٩١).

الرخصة لعذر كأكل مال الغير تحت ضغط الحاجة أو سرقته لإنقاذ حياته وحياة من تجب عليه نفقتهم فإنه لا ينافي الضمان والالتزام بدفع تعويض المال الذي أهلكه أو استهلكه إذا طالب صاحبه بالتعويض. وبناءً على ذلك لا تعارض بين القاعدتين قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) وقاعدة (الجواز الشرعي لا ينافي الضمان)، لأن الأولى أصلية والثانية استثنائية.

المبحث الثالث

أقسام العمل غير المشروع

سبب آخر من أسباب الالتزامات بعد العقد والعمل النافع هو العمل غير المشروع، وهو كما ذكرنا سابقاً ما يرادف (التعدي) أي التجاوز على حق الغير المخالف للشرع أو القانون أو النظام العام أو الآداب العامة.

الأعمال غير المشروعة إما جزائية إذا كان عنصر الخطأ فيها جنائياً، أو مدنية إذا كان مدنياً.

والقسم الأول تتولى القوانين الجزائية معالجته فليس موضوع بحثنا هذا.

والقسم الثاني من الأعمال غير المشروعة إما ضار ضرراً محضاً مطلقاً أو نافع نفعاً غير مشروع لطرف وضار للطرف الآخر، والشق الأول من هذا التقسيم إما أعمال غير مشروعة مباشرة (شخصية) أو غير مباشرة (التسبب).

وبالنظر إلى أن تقسيمات أسباب الالتزام أو مصادره (كما يقول أهل القانون) تقسيمات خاطئة بميزان المنطق، كما ذكرنا سابقاً، لكونها إما متداخلة أو متباينة أو من قبيل جعل المقسم قسماً أو عكسه.

ونحاول قدر الإمكان تقسيم عنوان هذا المبحث الثالث إلى أربعة مطالب يخصص الأول للتعريف بالتقسيم بميزان المنطق، والثاني للأعمال غير المشروعة الشخصية (الأعمال غير المشروعة المباشرة)، والثالث للأعمال غير المشروعة بالتسبب (غير الشخصية)، والرابع للأعمال غير المشروعة المزدوجة (النافعة والضارة).

المطلب الأول
التعريف بالتقسيم في ميزان المنطق

التقسيم في اللغة: مصدر قَسّم من باب فعّل (بتشديد العين). وقد ورد في اللغة بعدة معان، منها: التجزئة، والتفريق. يُقال قسم الشيء: جزأه، وقسّم الدهر القوم: فرقهم، وقسّم فلان أمره: قَدَره ونظر فيه كيف يفعل.

وتقسيم الشيء من الأعيان (المحسوسات الموجودات خارج الذهن) تجزئته.

وتقسيم المفاهيم الكلية في الذهن تقسيم الكلي إلى أقسامه المتباينة[١] أو المتضادة[٢].

وفي الاصطلاح عرفه الباحثون بأنه منهج يمكن استخدامه في التعريف بالأشياء المختلفة إما بماهياتها (ذاتياتها) أو بمميزاتها من أوصافها وخواصها.

والمعروف أن أول من استعمل التقسيم بهذا المعنى هو الفيلسوف اليوناني أرسطو.

والواقع أن تقسيم الأشياء يختلف باختلاف طبائعها ولا يمكن الحصول على تعريف واحد جامع مانع شامل لجميع التقسيمات الذهنية والخارجية.

والذي يهمنا في موضوع أسباب الالتزامات (أو مصادر الالتزامات) أن يكون هناك مَقسم واحد مثل سبب الالتزام (أو مصدر الالتزام) وأن يكون بين الأقسام تباين بحيث لا يجتمع أحدها مع الآخر في الذهن وخارجه أو على الأقل في الذهن وأن لا يكون بين الأقسام تداخل، وأن يكون كل قسم أخص مطلقاً من مقسمه، والمقسِم يكون عاماً مطلقاً من كل قسم من أقسامه بحيث متى تحقق القسم يتحقق معه المقسِم دون العكس الكلي، وقد يتحقق المقسم دون تحقق القسم، وعلى سبيل المثل تقسم الكلمة في علم النحو والصرف إلى الفعل والاسم والحرف، فأينما تحقق واحد من هذه الأقسام تحققت معه الكلمة، لكن قد تتحقق الكلمة مع الفعل دون الاسم والحرف، أو مع الاسم بدون الآخرين، أو مع الحرف بدون الاسم والفعل.

---

(١) المتباينان: لا يصدق مفهوم كل منهما على ما يصدق الأخر من الأفراد كالشجر والحجر.

(٢) المتضادان: لا يجتمعان ولكن يرتفعان كالسواد والبياض.

أنواع التقسيم:

ينقسم التقسيم إلى عدة أنواع بحيثيات مختلفة، كالآتي:

أولاً- من حيث الإحصاء عقلي واستقرائي:

١- **التقسيم العقلي**: وهو التقسيم الدائر بين النفي والإثبات:

أ- كتقسيم المتهم إلى البريء والمدان، لأنه إما أن تثبت تهمته ببينة مقبولة أو لا، والثاني بريء والأول مدان.

ب- وتقسيم الشيء إلى الجوهر والعرض، لأنه إما قائم بذاته كالأعيان الموجودة خارج ذهن الإنسان، أو قائم بغيره كالألوان والروائح القائمة بالجواهر، فالأول جوهر، والثاني عرض.

ج- وتقسيم الكلمة إلى الحرف والفعل والاسم، لأنها إما أن تدل بذاتها على المعنى المراد منها أو لا، والثاني حرف مثل (مِن، إلى، على) وغيرها، فإنها لا تدل على المعنى المراد ما لم تضم إلى كلمة أخرى مثل جئت من بغداد إلى أربيل. والأول إما مقترن في دلالته على معناه المراد بأحد الأزمنة الثلاثة (الماضي والحاضر والمستقبل) أو لا، فالأول فعل والثاني اسم.

٢- **التقسيم الاستقرائي**: وهو تقسيم معياره الدراسة الميدانية وإحصاء الجزئيات إلى حكم كلي وهو إما تام أو ناقص:

أ- الاستقراء التام: هو أن لا يتخلف جزئي عن الإحصاء ومشموليته بالحكم الكلي كالحكم بأن كل إنسان يموت.

ب- الاستقراء الناقص: وهو إحصاء لا يمكن تحققه بالدراسة الميدانية ١٠٠٪ كالحكم بأن أسباب الطلاق في العراق إما اقتصادي، أو تدخل الأهل، أو فارق العمر، أو الاختلاف في المركز الثقافي أو السياسي أو الاجتماعي ويتصور أن تكون هناك أسباب أخرى لا يطلع عليها غير من أقدم على طلاق زوجته.

ثانياً- من حيث وجود المَقسِم وأقسامه داخل الذهن وخارجه أو في الذهن فقط ينقسم إلى الأجزاء والجزئيات:-

١- تقسيم الكل إلى الأجزاء: كتقسيم المنتوجات التكنولوجية إلى أجزائها المكونة لها، كتقسيم السيارة إلى الأجزاء التي صنعت منها ونحوها. فالكل وأجزاؤه موجودة خارج الذهن كما يمكن تصورها في الذهن.

٢- تقسيم الكلي إلى جزئياته: كتقسيم الإنسان وهو نوع من الكائنات الحية المتحركة بالإرادة إلى الصنفين (الذكر والانثى) ومن الخطأ الشائع اعتبارهما جنسين، لأن ماهيات الأجناس والأنواع مختلفة، وماهيات الأصناف متفقة. وماهية الذكر والانثى واحدة.

وتقسيم الأصناف إلى جزئياتها.

٣- تقسيم اللزوم بين الأشياء إلى الذهني فقط: كالكلي للإنسان مثلاً، وإلى الخارجي فقط كالحرارة للنار، أو إلى كليهما معاً كالزوجية للأربعة.

ثالثاً- من حيث المعيار حقيقي واعتباري:

١- **التقسيم الحقيقي:** هو ما كانت الأقسام فيه متباينة في ذهن الإنسان وخارج الذهن، أي (في الواقع ونفس الأمر)، على أساس أن العقل قد حدد لكل قسم حقيقة وماهية مباينة لحقيقة وماهية ما عداه من سائر الأقسام وبها يتميز من جميع ما عداه بحيث لا يمكن أن يوجد في خارج الذهن شيء واحد يمكن أن تتحقق فيه الحقائق المتباينة ولو باعتبارات مختلفة، وعلى سبيل المثل تقسيم الجريمة إلى أنواعها من قتل وسرقة وخيانة أمانة وتجسس وتزوير ورشوة وغيرها من سائر أنواع الجرائم تقسيم حقيقي لا يجتمع نوعان منها في واقعة واحدة أو تصرف واحد، لأن ماهية كل نوع منها تختلف عن ماهيات الأنواع الأخرى.

وفي القضايا الهندسية قسمت الزاوية إلى حادة وقائمة ومنفرجة، فالعقل جعل لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة ماهية بالمعيار العقلي الهندسي تختلف عن ماهية القسم الآخر، وبهذا الاختلاف في الماهية يتحقق التباين الكلي بين تلك الأقسام بحيث لا تندرج أحدها تحت مفهوم وماهية الأخرى.

٢- التقسيم الاعتباري: وهو التقسيم الذي تكون الأقسام فيه مختلفة من حيث المفهوم والماهية في ذهن الإنسان فقط دون الاختلاف في الماهية والحقيقة خارج الذهن، حيث من الممكن أن يتحقق قسمان في تصرف قانوني واحد أو واقعة قانونية واحدة.

وجدير بالذكر أن اكثر التقسيمات القانونية اعتبارية، لذا قد يجتمع بعضها مع بعض، وعلى سبيل المثل تقسيم المسؤولية الجنائية والمدنية تقسيم اعتباري، لأنهما مختلفان من حيث المفهوم والماهية في ذهن الإنسان واعتباره.

فالأولى تتكون من (الخطأ الجنائي + الخطر + علاقة السببية)، بينما الثانية تتكون من (الخطأ المدني + الضرر + علاقة السببية). وهذه المعايير للتمييز بينهما ليست معايير عقلية حقيقية موجودة في خارج الذهن، وإنما هي من اعتبارات علماء القانون، لذا يمكن أن تجتمع المسؤوليتان في واقعة قانونية واحدة أو في تصرف قانوني واحد، كما في جرائم الأموال، فجريمة السرقة جنائية من حيث الاعتداء على حق عام (الأمن والاستقرار)، ومدنية من حيث الاعتداء على حق خاص مملوك للمسروق منه. فجزاء الأولى عقاب جنائي، وجزاء الثانية التعويض، وبذلك اجتمعت المسؤوليتان المدنية والجنائية في واقعة واحدة (جريمة السرقة).

فمن سرق سيارة فهلكت عنده يترتب عليه التزامان: جنائي ومدني، فيلتزم المعتدي بالحضور أمام القضاء للإجراءات القضائية والحكم عليه بالعقوبة المقررة لجريمة السرقة ثم بعد الحكم يلتزم بالخضوع لتنفيذ العقوبة حتى تنتهي مدة الحكم، فلا يحق له محاولة الهروب وتنكر العدالة، كما يلتزم بدفع تعويض المسروق بمثله إذا كان مثلياً، وبقيمة يوم الاعتداء إذا كان قيمياً.

ويجوز لمحكمة جنائية واحدة أن تنظر في القضيتين الجنائية والمدنية تلقائياً في بعض القوانين، وبناءً على طلب المعتدى عليه في قوانين أخرى[1].

وإذا صدر الحكم على المتهم بالبراءة عن التهمة الجنائية، فإن هذه البراءة لا تستلزم براءته من التهمة المدنية، لاختلاف ماهية كل منهما في ذهن الإنسان واعتباره.

وقل مثل ذلك في تقسيم المسؤولية المدنية إلى العقدية والتقصيرية من حيث الاختلاف في المفهوم في الذهن، فالمسؤولية العقدية تترتب على الإخلال بالتزام تعاقدي خاص، أما

---

[1] كالقانون العراقي.

المسؤولية التقصيرية فإنها تنشأ عن الإخلال بالتزام عام وهو عدم ألحاق الضرر بالغير بـدون مبرر شرعي أو قانوني.

لكن في خارج الذهن لا يوجد هذا التباين الكلي بينهما، حيث يجوز أن تجتمعا في تصرف قانوني واحد كتنفيذ الالتزام التعاقدي تنفيذاً معيباً من حيث النقص أو التأخير أو الردائة أو نحوها.

ومن التقسيمات الاعتبارية تقسيم القانون إلى العام والخاص، لأنه نتيجة تـدخل الدولـة في كثير من الأشياء قد يوصف فرع واحد من القانون بأنه مـن العـام والخـاص، لأن معيـار التمييز ليس معياراً واقعياً خارجياً لا يتغير، وإنما هو كون الدولة طرفاً في إحدى العلاقات القانونية بصفتها ذات سيادة أو تدخلها بصفتها شخصاً معنوياً اعتبارياً، وعلى سبيل المثل يمكن أن يعتبر قانون العمل بأنه عام وخاص في وقت واحد، لأن المعيار مرن ومطاطي في كلا الاعتبارين، ثم أن فرعاً واحداً من القانون الخاص يمكن أن يتحول إلى القانون العـام نتيجـة تطـور الحيـاة وتـدخل الدولـة، والعكـس متصـور أيضـاً. وكـذا تقسـيم الحـق إلى العـيني والشخصي[1].

والذي يهمنا هنا هو أن تقسيم أسـباب الالتـزام أو مصـادره لا ينـدرج تحـت التقسـيم الحقيقي ولا التقسيم الاعتباري، ولإثبات ذلك نستعرض صنيع بعض القوانين في تقسـيمات مصادر الالتزام، منها:-

أ- قسم القانون المدني الأردني[2] مصادر الالتزام (الحقوق الشخصية) إلى العقد (المـواد ٨٧-٢٤٩)، والتصرف الانفرادي (٢٥٠-٢٥٥)، والفعل الضار (٢٥٦-٢٩٢) مع أن الفعل الضار يندرج تحت مفهوم التصرف الانفرادي، وكذا الفعل النافع، ورغـم ذلـك جعل كل منهما قسيماً للإرادة المنفردة.

وإلى الفعل النافع (٢٩٢-٣١١) مع أنه أيضاً قسم مـن الإرادة المنفـردة، ثـم قسـم الفعل النافع إلى قبض غير المسـتحق مـع أنـه فعـل ضـار وتصـرف انفـرادي، وإلى الفضالة (٣٠١-٣٠٨) وإلى قضاء دين الغير (٣٠٩-٣١٠) مع أن قضاء الدين قسم من الفضالة وجعل قسيماً لها وأن كلاً منهما من أقسام الإرادة المنفردة.

---

(١) يُنظر مؤلفنا: المنطق القانوني في التصورات.

(٢) رقم (٤٢) لسنة ١٩٧٦.

ب- قسم القانون المدني المصري[1] مصادر الالتزام إلى العقد (٨٩-١٦١) والإرادة المنفردة (١٦٢)، واكتفى بمادة واحدة ومثال واحد وهو الوعد بجائزة، مع أن مصادر الالتزام كما يقول القانون وأسبابه كما يقول المنطق ٩٠٪ تندرج تحت عنوان الإرادة المنفردة.

وإلى العمل غير المشروع (١٦٣-١٧٨) مع أن العمل غير المشروع إرادة منفردة سواء كان العمل بصورة مباشرة أو غير مباشرة. أي جعل قسم الشيء قسيماً له.

وإلى الإثراء بلا سبب (١٧٩-١٩٧) مع أن الإثراء بلا سبب عمل غير مشروع وقسم من الإرادة المنفردة وليس قسيماً لها.

كما قسم الإثراء بلا سبب إلى دفع غير المستحق وإلى الفضالة، مع أن دفع غير المستحق صفة المفتقر والإثراء بلا سبب صفة المغتني، والفضالة عمل مشروع، فكيف يجعل العمل المشروع قسماً لعمل غير المشروع.

ثم إن كليهما (الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق) من أقسام الإرادة المنفردة وجعلا قسيماً لها. وهكذا نجد في القانون المدني المصري الذي هو المصدر الرئيس لأكثر القوانين في البلاد العربية هذا الاضطراب وعدم التوازن غير المنطقي.

ج- القانون المدني العراقي[2] المتأثر بالفقه الإسلامي زهاء ٩٠٪ وبالفقه الغربي عن طريق القانون المدني المصري ١٠٪ وقع في نفس الأخطاء حيث قسم مصادر الالتزام إلى خمسة كالقانونين السابقين.

إلى العقد (٧٣-١٨٣)، وإلى الإرادة المنفردة (١٨٤-١٨٥).

وإلى العمل غير المشروع (١٨٦-٢٣٢)، وإلى الكسب دون سبب (٢٣٣-٢٤٤) مع أن كلاً من العمل غير المشروع والكسب دون سبب من أقسام الإرادة المنفردة، فكيف تجعل أقسام الشيء قسيمة له، بالإضافة إلى جعل الكسب دون سبب قسيماً للعمل غير المشروع مع أنه قسم منه، كما جعل قضاء دين الغير قسماً من الكسب دون سبب مع أنه تصرف انفرادي يندرج تحت الإرادة المنفردة الممثلة بالفضالة، وهي عمل مشروع كما سبق.

---

(١) رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٢) رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

وقس على هذه القوانين الثلاثة تقسيمات مصادر الالتـزام كمـا في القـانون أو أسـباب الالتزام كما في المنطق القانوني في نفس الاضطرابات والتناقضات والتداخلات.

والأسباب الرئيسة لهذه الأخطاء الواضحة وضوح الشمس في نصف النهـار الـتي وقعـت فيها القوانين المدنية العربية – كما ذكرنا سابقاً – ثلاثة، وهي:-

١- عدم الإلمام بالعلوم الآلية (المنطق، والفلسفة، وأصول الفقة، واللغة).
٢- الخلط بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية واعتبـار مـا عـدا العقـد والإرادة المنفردة من الوقائع القانونية وحصر التصرفات في العقد والإرادة المنفردة.
٣- الخلط بين أسباب الالتزام ومصادر الالتزام في حين أن القانون هو المصدر الوحيد وما عداه من الأسباب، لأن الالتزامات أحكام تكليفية وهي لا تكون إلا من الشـارع أو المشرع وما عداه أسباب للالتزام.
٤- الخطأ في ترجمة المصطلحات القانونية من اللغات الأجنبية إلى اللغة العربية.

التقسيم الصائب:

التقسيم الصائب الذي يقترحه العقل السليم ويقره المنطـق القـانوني وينظمـه الشـرع أو القانون حسب التقسيم العقلي الدائر بين النفي والإثبات هو أن سبب الالتزام إمـا إرادي أو لا إرادي، والثاني واقعة، والأول إما أن يتكون من إرادة واحدة أو من تلاقي إرادتين، فالأول إرادة منفردة والثاني عقد.

وبناءً على تلك المعايير العقلية تنحصر الأقسام الرئيسة لسبب الالتزام في ثلاثة، وهـي: العقد والإرادة المنفردة والواقعة.

أما مصدر الالتزام بميـزان المنطـق القـانوني فهـو القـانون وحـده، لأن الإلـزام تكليـف والالتزام تكلف وهما لا يتكونان بإرادة شخص عادي أو بتصرف قـانوني، وإنمـا مصـدرهما خطاب السلطة التشريعية المثلة بالشـارع في التكـاليف الشـرعية والمشـرع في التكـاليف القانونية.

وفي ضوء هذه الحقيقة العقلية المنطقية ينحصر مصدر الالتزام في القانون.

المطلب الثاني
الأعمال غير المشروعة المباشرة (الشخصية)

الأعمال غير المشروعة المدنية غير خاضعة للعد والحصر، لأن أحكامها تعالج إما بالنصوص القانونية بصورة مباشرة أو غير مباشرة وإما بالقواعد العامة.

ثم إن تطور الحياة قد يجعل بعض الأعمال التي كانت مشروعة سابقاً غير مشروعة في الحال أو المستقبل بتنظيم قانوني، كمخالفات نظام المرور والتهريب من داخل البلد إلى خارجه أو عكس ذلك ونحو ذلك، بخلاف الأعمال غير المشروعة الجنائية فإنها معدودة ومحصورة بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، ولا تدخل هذه الأعمال في نطاق دراستنا التي هي خاصة بالمسائل المدنية، لذا نحاول أن نقتصر على نماذج من المسائل المدنية غير المشروعة ونترك حرية الاجتهاد والازدياد لمن يأتي بعدنا.

أهلية محدث الضرر:

يكفي لتحقق أهلية محدث الضرر في المسؤولية المدنية التقصيرية وجود أهلية الوجوب الكاملة (صلاحية الإنسان لأن يكون له الحقوق وعليه الالتزامات)، فكل إنسان بعد ولادته مباشرة إذا أحدث ضرراً في مال الغير بدون مبرر يجب الضمان في ماله والتزامه بالتعويض أو التزام من ينوب عنه بجبر هذا الضرر عن طريق رد المثل في المثليات ودفع قيمته يوم حدوث الضرر في القيميات، ويدفع هذا التعويض من ماله إذا لم يتبرع غيره بتسديده.

وإذا لم يكن له مال ولم يتبرع أحد بالتعويض ولم يتنازل عنه الدائن المضرور، فعليه الانتظار إلى وقت تيسره، كما قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[1].

ولا يجوز حبس المدين إذا لم يكن مقصراً.

هذا بالنسبة لكامل الأهلية أو ناقصها. وأما عديم الأهلية فيجوز للمحكمة أن تلزم من ينوب عنه شرعاً وقانوناً بدفع التعويض من ماله الخاص ثم الرجوع على محدث الضرر بما دفعه. هذا ما استقر عليه الفقه الإسلامي وأخذت به بعض القوانين المدنية العربية منها العراقي (م/١٩١).

---

(١) سورة البقرة/٢٨٠.

ولم يكن الفقه الغربي وما تأثر به من القوانين المدنية العربية موفقاً توفيقاً عادلاً حين اعتبر ضرر الفعل الضار الصادر عن عديم الأهلية (كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما) هدراً بلا تعويض شأنه شأن الضرر الحاصل من الوقائع الطبيعية أو الحيوانات رغم أن كل إنسان يكتسب الشخصية القانونية وأهلية الوجوب الكاملة منذ لحظة ولادته حياً.

وقد شعرت بعض القوانين العربية[1] بهذا الحكم غير العادل، لأن الأساس الرئيس للتعويض هو الضرر وقد حصل لذا أقر استثناءً بأن التعويض إذا لم يمكن حصوله من المسؤول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم.

ورعاية لمصلحة المضرور وأخذاً بقواعد العدالة من الضروري الأخذ بالاتجاه الأول وعدم التمييز بين ذي الأهلية وعديمها، وعدم اللجوء إلى العمل بالاستثناء المذكور.

ومن البدهي أن الأعمال غير المشروعة المباشرة كما تكون موجبة (القيام بعمل) كذلك تكون سالبة (الامتناع عن العمل الواجب الأداء).

ولعدم حصرها كما ذكرنا نقتصر على نماذج من كل قسم:-

القسم الأول/ الأعمال غير المشروعة الشخصية الموجبة:

من الأعمال الموجبة المضرة الشخصية التي تستوجب الجزاء المدني أو المدني والجنائي معاً ما يلي:-

١- من رمى بقايا سكارته إلى مكان غير مخصص للفضلات فاشتعلت وانتشرت بسبب هذا العمل اللامشروع سواء تدخلت الرياح أو أي عامل مساعد آخر في انتشاره أو لا، يجب على رامي السكارة تعويض الضرر الناشيء عن عمله المباشر غير المشروع، لتوافر عناصر المسؤولية التقصيرية وهي (العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية).

٢- ساق شخص سيارته خلافاً لنظام المرور فألحق ضرراً بسيارة أخرى للغير أو بإتلاف مال آخر وثبت تقصيره، يجب عليه التعويض عن الضرر بالإضافة إلى عقوبة مخالفة نظام المرور، لأن السائق المقصر يعتدي في وقت واحد على حقين: حق خاص (صاحب

---

[1] كالمدني المصري (م/١٦٣-١٦٤).

المال المضرور) وحق عام (احترام القانون والنظام).

٣- باع صيدلاني دواء ركبه في صيدليته تركيباً خاطئاً فأدى استعماله إلى إصابة المريض بمرض أقعده من العمل مدة من الزمن فيجب عليه تعويض ذلك الضرر المادي (خسارة الكسب) إضافة إلى نفقات العلاج، كما يجب أن يعاقب على مخالفته إذا ثبت تقصيره.

٤- من زوج امرأة زواجاً فاسداً كزوجة لها وهي ما زالت في عدة زواج سابق، أو كان الزواج بدون حضور شاهدين فدخل بها قبل أن يفرق بينهما القاضي أو قبل الموت، يلتزم الزوج بدفع مهر المثل لها أو بالأقل منه ومن المسمى[1].

وهذا المهر تعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب الزوجة من ذلك الدخول، لأنه يقلل من شأنها ومن رغبة الناس في زواجها.

٥- من طلق زوجته طلاقاً تعسفياً يجب عليه التعويض عما أصابها من هذا العمل غير المشروع من الضرر، على أن لا يزيد التعويض عن نفقة سنتين من الحياة الزوجية[2].

٦- الإضرار بسبب عدول أحد الخطيبين عن الخطبة بدون مبرر. الخطبة (بكسر الخاء وفتحها) إبداء الرجل رغبته في زواج أمرأة معينة خالية من الموانع الشرعية واستجابة الرغبة منها فهو خاطب وهي مخطوبة.

والخطبة ليست بعقد حتى تترتب عليها الحقوق والالتزامات، كما أنها ليست ملزمة لا شرعاً ولا قانوناً لإكمال الزواج، لكن العدول عنها بدون مبرر شرعي مناف للأخلاق والقيم والسلوك السليم، لأن الله تعالى أمر بالوفاء بالوعد والعهد، فقال: ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾[3].

---

(١) وقد نصت المادة (٢٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم على أنه: ((إذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح، فإن كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المسمى والمثلي، وإن لم يسم فيلزم مهر المثل)).

(٢) وقد نصت المادة (٣/٣٩) من القانون المذكور على أنه ((إذا طلق الزوج زوجته وثبت للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، حكمت المحكمة بطلب منها على مطلقها تعويضاً يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يقدر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى)).

(٣) سورة الإسراء/ ٣٤.

ومن آثار العدول:-

أ- إذا أخذت جزءاً من مهرها عليها رده لأنه من آثار العقد ولم يحصل.

ب- على من عدل عن الخطبة رد الهدايا التي استلمها لمناسبة الخطبة والزواج.

أما ما صرف لمناسبة احتفال خطبة الزواج فإنه لا يسترد.

ج- إذا ترتب على العدول ضرر أصاب الطرف الآخر كأن ترك أحد الخطيبين دراسته أو مشروعه بناءً على ما فرضه عليه الطرف الآخر كشرط على موافقة الزواج، فيجب على المسبب منهما تعويض هذا الضرر بناءً على المسؤولية التقصيرية[١].

٧- يُقاس على ما ذكر من التطبيقات غيرها من الأعمال غير المشروعة الشخصية الضارة الموجبة للتعويض وجبر الضرر والخسارة.

القسم الثاني/ الأعمال غير المشروعة السلبية الشخصية الضارة:

ومن أهم صور الأعمال غير المشروعة السلبية الشخصية ما يلي:-

١- امتناع الفضولي عن المضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه أو امتناعه عن أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك وترتب على أحد هذين الامتناعين إلحاق ضرر مادي برب العمل يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق رب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية[٢]، كما ذكرنا ذلك مفصلاً في التزامات الفضولي.

٢- امتناع رب العمل عن دفع نفقات الفضولي على العمل الذي قام به لمصلحة رب العمل فعليه، رد تلك النفقات على أساس الكسب دون سبب (الإثراء بلا سبب) والمسؤولية التقصيرية، لأن الفضالة ليست عقداً قبل أن يوافق رب العمل على ما قام به الفضولي، أما بعده فتسري عليه أحكام الوكالة فتكون المسؤولية تقصيرية.

٣- الامتناع عن أداء شهادة واجبة الأداء بدون عذر مشروع وترتب على هذا الامتناع خسارة أو ضرر أو ضياع بالنسبة لمن يكون بحاجة إلى هذه الشهادة.

وهذا الامتناع عمل غير مشروع سلبي نهى عنه القرآن في قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَكْتُمُواْ

---

(١) يُنظر في تفصيل هذا الموضوع مؤلفنا أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن – دراسة مقارنة بالقانون، ص٢٢ وما يليها.

(٢) المدني المصري (م/١٩١)، السوري (م/١٩٢)، الأردني (م/٣٠٣).

الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾[1].

٤- الامتناع عن رد مقبوض غير مستحق أو مكسب بدون سبب. ويكون كل مقبوض أو مكسب بدون سبب باطلاً لا يفيد الملكية كما في حالات عدم وجود السبب أصلاً، كمن وفى دين مورثه أو نفذ وصيته ثم ثبت أن المورث لم يكن مديناً أو أوفى بدين في حياته أو تراجع عن وصيته أو ثبت بطلانها. أو وجد بسبب باطل كما في العقد الباطل، فعلى كل من استلم العوض في العقد الباطل أن يلتزم برده لبطلان سببه، أو كان السبب غير مشروع كما في الغصب والسرقة فعلى الغاصب رد المغصوب للمغصوب منه، وعلى السارق رد المسروق للمسروق منه. والامتناع عن هذا الرد أو تأخيره عمل سلبي غير مشروع يضمن الغاصب أو السارق المال المغصوب أو المسروق، بالإضافة إلى الالتزام بالتعويض عن كل ضرر يترتب على عدم الرد أو على تأخيره. أو وجد سبب صحيح مشروع ولكنه زال بمقتضى فسخ العقد أو انفساخه، فيرجع المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد في العقد الفوري التنفيذ، أما في المستمر التنفيذ كعقد الإجارة فيكون الأثر بالنسبة للمستقبل.

٥- الامتناع عن الوفاء بالوعد بالجائزة بعد أن حقق الموعود له العمل المطلوب كله أو بعضه وأنفق مالاً أو بذل مجهوداً في تحقيقه، ومن الواضح أن الوعد بالجائزة إرادة منفردة وليس بعقد، وتعويض الضرر مبني على أساس المسؤولية التقصيرية، وقد سبق تفصيل هذا الموضوع في محله، وبيّنا أن الواعد بالجائزة يلزم نفسه حين يوجه إلى الجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين، ويلتزم بإعطاء الجائزة لمن يقوم بهذا العمل ولو قام به دون النظر إلى الوعد بالجائزة أو دون العلم بها[2].

٦- الامتناع عن الوفاء بالوعد بالتعاقد: والوعد بالتعاقد هو الذي يلتزم به الواعد للموعود له على إبرامه في المستقبل إذا أظهر رغبته في مدة معينة، وعلى سبيل المثل إذا قام شخص بإنشاء مشروع في أرض يتوقع أنه يحتاج إلى القطعة المجاورة فله أن يتفق مع صاحبها على بيعها له في المستقبل بثمن معين خلال مدة محددة، فإذا تم هذا الاتفاق ترتب عليه التزام الواعد بالبيع دون أن يلتزم الموعود له بشيء، لأن الوعد بالتعاقد ليس تعاقداً فإذا أخل الواعد بهذا الالتزام وامتنع عن بيع القطعة

---

[1] سورة البقرة/٢٨٣.

[2] المدني المصري (م/١٦٢)، والعراقي (م/١٨٥)، والأردني (م/٢٥٥)، والسوري (م/١٦٣).

له بالثمن المتفق عليه وترتب عليه ضرر يلحق الموعود له يلتزم بالتعويض عـن هـذا الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية[١].

٧- الامتناع عن الإدلاء بالبيانات اللازمة قبل التعاقد. ومن أهم مجال تطبيقات هـذه الحالة عقد التأمين[٢] وهو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن لـه أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عـوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلـك في نظير قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن[٣].

ومن الواضح أن الأسس الفنية التي يقوم عليها التأمين أن يعرف المؤمن بكل دقة حدود نطاق الالتزام الذي سيأخذه على عاتقه وهو الخطر الذي يهدف التأمين إلى ضمان آثاره، لـذا من الضروري ومن التزامات المؤمن لـه أن يحيط المؤمن قبـل التعاقـد بجميـع الظـروف الشخصية والعامة، كما على المؤمن أن يعرف تلك الظروف التي لهـا التـأثير علـى مـدى التزاماته تجاه المؤمن له قبل التعاقد عن طريق استخدام الوسائل الكاشفة لتلك الظروف.

ولكن مهما بلغت الدقة في تحريات المؤمن فإنه لن يستطيع أن يحصل على صورة حقيقية عن الخطر المؤمن منه ما لم يعاونه طالب التـأمين في هـذا الشـأن، وعلـى سـبيل المثـل في التأمين على الحياة لا يستطيع المؤمن أن يعرف الأمراض السابقة للمؤمن له على حياته، أو ما إذا كانت توجد أمراض وراثية في أسرته؟

ومن البدهي أن التزام طالب التأمين بالإدلاء بالبيانـات اللازمـة قبـل التعاقـد لـيس التزاماً تعاقدياً خاصاً ناشئاً عن عقد التأمين لأن المفروض أن العقد لم يـتم بعـد والتزامـه بالإدلاء بتلك البيانات عام سابق على العقد مصدره القانون، والإخلال به يـؤدي إلى تحمـل الملتزم المسؤولـية التقصيرية، وتعويض المؤمن عن كل ضرر يلحقه نتيجـة البيانـات الكاذبـة غير المطابقة للواقع.

---

(١) في الوعد بالتعاقد يُنظر المدني العراقي (م/٩١)، والأردني (م/١٠٥-١٠٦)، والمصري (م/١٠١-١٠٢)، والسوري (م/١٠٢)، والكويتي (م/٧٢).

(٢) يُنظر المدني العراقي المواد (٩٨٣-١٠٠٧)، المصري (٧٤٧-٧٧١)، السوري (٧١٣-٧٣٧)، الأردني (٩٢٠-٩٤٩).

(٣) المؤمن هو الشخص الذي يؤدي الالتزامات المقابلة لالتزامات المؤمن له. والمستفيد هو الشخص الذي يؤدي إليه المؤمن قيمة التأمين. (م ٢/٩٨٣ المدني العراقي).

جزاء إخلال المؤمن له الممتنع عن الإدلاء بالبيانات اللازمة:

اختلفت القوانين في تحديد هذا الجزاء كماً وكيفاً حسب اختلافها في تكييف ما أخل به المؤمن له من البيانات ومدى تأثير هذا الامتناع على مصلحة المؤمن وكمية المبلغ الذي يلتزم بأن يدفعه للمؤمن له أو المستفيد بعد حدوث الخطر المؤمن منه وعلى كمية الأقساط التي على المؤمن له دفعها للمؤمن.

وكذلك يختلف الجزاء باختلاف حسن نية المؤمن له إذا لم يكن عدم إدلائه بالبيانات اللازمة ناشئاً عن عمد وإنما جاء عن خطأ أو نسيان أو عدم علم بأهميته ومدى تأثيره على حجم التزامات الطرفين.

وسوء نيته بأن أخفى عن عمد البيانات المؤثرة في حجم التزامات المؤمن وفي مقدار ربحه وخسارته، أو أدلى عن عمد ببيانات كاذبة مخالفة للحقيقة وكانت ذات تأثير على آثار العقد ومن شأنها أن تغير موضوع الخطر أو تقلل من أهميته في نظر المؤمن، وكذلك أثرها على قراره هل سيقبل التأمين أو سيرفضه.

والجزاء يتراوح بين إلغاء عقد التأمين من قبل المؤمن إذا تم ويترتب عليه زوال آثار العقد بالنسبة للمستقبل، لأنه من العقود المستمرة التنفيذ وسقوط حق المؤمن له في التعويض إذا تم الإلغاء بعد تحقق الحادثة المؤمن منها.

وبين بقاء العقد وحق المؤمن في طلب زيادة مقدار الأقساط بما يتناسب مع حجم الخطر إذا اكتشف المؤمن حقيقة الظرف الذي لم يعلن أو أعلن إعلاناً غير صحيح قبل تحقق الحادثة المؤمن منها، وحينئذٍ يبقى العقد مع حق المؤمن في طلب زيادة مقدار الأقساط بما يتناسب مع حجم الخطر، أو يتم تخفيض المبلغ الذي التزم به المؤمن بالنسبة للقسط الذي كان يجب دفعه لو علم المؤمن بحقيقة الخطر.

وبالنظر إلى أن ما يهمنا هنا هو بيان مدى المسؤولية التقصيرية للمؤمن له الممتنع عن الإدلاء بالبيانات اللازمة وعدم مشروعية هذا الامتناع وبالتالي سببيته للالتزام، وليس مقصدنا بيان أركان وشروط وآثار عقد التأمين، نحيل من يهمه التفصيل إلى مراجع الموضوع في القوانين العربية وشروحها[1].

---

(١) منها المدني العراقي القائم (م/٩٨٣ وما يليها)، والمصري (م/١٧٨ وما يليها)، والأردني (م/٩٣٠ وما يليها). وكذلك: الالتزام بإعلان الخطر في التأمين، دراسة مقارنة في القانون الألماني والفرنسي للدكتور عبدالودود.

المطلب الثالث
الأعمال الشخصية غير المشروعة المزدوجة

ومن أهم تطبيقات هذه الحالة في القوانين العربية (الكسب دون سبب) كما جاء في تعبير المدني العراقي[١] والأردني[٢]، و(الإثراء بلا سبب) في تعبير المشرع المصري وفقهاء القانون المصريين[٣] والسوري القائم[٤]، وتعبير (الفعل النافع) في المدني اليمني القائم[٥] والمدني الكويتي القائم[٦]. ويلاحظ أن بعض القوانين العربية لم تتطرق لمصادر الالتزام ولا لاستعمال مثل هذه التعابير والمصطلحات كالمدني المغربي القائم.

والذي يهمنا في هذا المقام هو اختيار العنوان الصحيح وهو (الكسب دون سبب) وبيان خطأ التعبيرين الآخرين (الإثراء بلا سبب) و(الفعل النافع).

أولاً- مصطلح (الإثراء بلا سبب) خطأ من الأوجه الآتية:-

١- استعماله مصدراً رابعاً من مصادر الالتزام مخالف للغة العرب وعرفهم، ومن البدهي أن قانون كل بلد يجب أن يعالج تنظيم حياة الخاضعين له بلغتهم، وهذا المصطلح إن صح في غير لغة العرب فإنه خاطئ بلغتهم وعرفهم، لأن لفظ الثراء بالمد كثرة المال يُقال فلان ذو ثروة وذو ثراء. وأثرى الرجل كثرت أمواله، والثراء والثروة كثرة المال وأثرى الرجل وهو فوق الاستغناء[٧].

---

[١] الفصل الرابع: الكسب دون سبب، المصدر الرابع للالتزامات بعد العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع. المدني العراقي القائم (المواد ٢٣٣-٢٤٤).

[٢] المواد (٢٩٣-٣١١).

[٣] المواد (١٧٩-١٩٧).

[٤] المواد (١٨٠-١٩٧).

[٥] رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢، المواد (٣٢٢-٣٣٨).

[٦] المواد (٢٦٢-٢٩٧).

[٧] يُنظر لسان العرب، فصل الثاء، حرف الياء. مختار الصحاح، مادة (ثرى). المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مادة (ثرى).

والفقير في لغة العرب وعرفهم من لا يملك ما يكفيه لعيشه، والمسكين من لا يملك شيئاً أصلاً، أو عكس ذلك أو كلاهما متساويان في الحاجة وعدم تملك لأي مورد لعيشهما.

وبناءً على ذلك لا يتصور افتقار من فقد مالاً ليس له أي تأثير على مكنته المالية ولا اغتناء واجده، ورغم ذلك على كل من حصل على مال للغير بدون سبب يلتزم برده فوراً بغض النظر عن حجمه كماً وكيفاً وعن قيمته ونفعه.

٢- يشترط لاعتبار الاثراء بلا سبب مصدراً رابعاً من مصادر الالتزام كما يقول علماء القانون توافر الأركان الأربعة الآتية:-

أ- أن تغتني ذمة من حصل على مال للغير بدون مبرر.

ب- أن تفتقر ذمة فاقد المال.

ج- أن تكون بين الثراء والافتقار علاقة السببية بأن يترتب الثاني على الأول.

د- عدم وجود سبب يبرره[١].

وجدير بالذكر أن بعضاً من فقهاء القانون[٢] جعل أركان الإثراء بلا سبب ثلاثة وهي:-

أ- إثراء المدين.

ب- افتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء.

ج- انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء.

٣- التزام الحائز على مال الغير بدون سبب مبرر برده لمن يستحقه مبنيٌ على عدم وجود السبب الشرعي أو القانوني لهذه الحيازة وبالتالي اعتبارها عملاً غير مشروع بغض النظر عن ذات المال المحاز نفسه كماً وكيفاً وانتقاله من ذمة إلى ذمة أخرى وتأثيره على تغيير الذمتين.

٤- القول بأن المراد بالاغتناء زيادة العنصر الإيجابي في الذمة المالية وبالافتقار العنصر السلبي أي النقص في الذمة المالية[٣]، مرفوض في المنطق القانوني لأن كل كاسب لمال الغير بدون سبب لا يعد مالكاً له شرعاً وقانوناً حتى تزيد من العناصر الإيجابية

---

(١) الأستاذ صلاح الدين الناهي، الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام، ص٩٤ وما يليها.

(٢) منهم الأستاذ السنهوري، الوسيط ١٢٦٨/١ وما يليها.

(٣) الأستاذ صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص٩٠ وما يليها.

للذمة المالية، كما أن فاقده لا يفقد ملكية المال حتى يؤثر ذلك في مكنته المالية.

٥- كان المرحوم الأستاذ السنهوري رئيس لجنة مشروع القانون المدني العراقي القائم[١] واختار تعبير (الكسب دون سبب)، لأنه شعر آنذاك بخطأ مصطلح (الإثراء بلا سبب) في القانون المدني المصري وما حذا حذوه من سائر القوانين العربية.

ثانياً- أوجه خطأ تعبير (الفعل النافع):

١- النافع هو الشيء الذي من شأنه أن ينتفع به حائزه شرعاً وقانوناً، ومن البدهي أن كل ما يتم الحصول عليه بدون سبب شرعي وقانوني ليس كذلك، فكيف يطلق صفة النفع الشرعي على ما ليس بشرعي.

٢- القانون الذي استعمل هذا المصطلح[٢] قسمه إلى الكسب بلا سبب، وقبض غير المستحق، والفضالة، ووفاء دين الغير. وجمع هذه الأقسام تحت عنوان الفعل النافع، وهذا دليل واضح على أن الفعل ليس نافعاً محضاً وإنما هو نافع بالنسبة لطرف وضار للطرف الآخر.

وبناءً على ما ذكرنا فإن المصطلح الصحيح هو (كسب بدون سبب)، لأنه هو الذي يقره المنطق القانوني. وحسناً فعل المشرع العراقي حيث اختار هذا التعبير.

نماذج من تطبيقات الكسب دون سبب:

أهم تطبيقات الكسب بدون سبب ما يلي:-

أولاً- عدم وجود سبب للكسب أصلاً كما في الحالات الآتية:

١- أن يفي أحد المدينين المتضامنين ديناً كان قد أوفاه أحدهم من قبل، فعلى الدائن القابض رد ما قبضه، لأنه كسب بلا سبب.

٢- أن يفي وارث بدين يعتقد أنه يتعلق بالتركة ثم يتبين للورثة أن الدين لم يكن موجوداً أصلاً أو قام المورث في حياته بوفائه، فعلى القابض رده فوراً، لأنه كسب بدون سبب.

---

[١] رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

[٢] كالمدني الأردني، المادة (٢٩٣) وما يليها.

٣- بعد تنفيذ وصية المورث من قبل الورثة يتبين لهم أن الوصية لم تستوف أركانها وشروط انعقادها، أو يظهر لهم أن الموصي قد تراجع عنها في حياته.

وجدير بالذكر أن الوصية تصرف انفرادي غير لازم، فللموصي أن يتراجع عنها في حياته متى شاء بإرادته المنفردة.

وبناءً على ذلك يلتزم القابض للموصى به رده فوراً، لأنه كسب بدون سبب.

٤- أن يدفع شخص تعويضاً عن ضرر يظن أنه مسؤول عنه ثم يثبت له عدم مسؤوليته عن ذلك، فعلى القابض رده فوراً، لأنه كسب بدون سبب.

٥- أن تتقاضي مصلحة الضرائب من أحد المولين ضريبة غير واجبة أو أن تأخذ أكثر مما يجب، فعلى الجهة القابضة رد المقبوض، لأنه كسب دون سبب.

٦- أن يدفع مدين أكثر مما هو واجب عليه، فالزيادة دفع وقبض غير مستحق فيجب على قابضه رده فوراً، لأنه كسب بدون سبب[1].

٧- ظن بعض فقهاء القانون وفي مقدمتهم الأستاذ السنهوري[2]: ((أن الدين يكون منعدماً من الأصل إن كان مصدره عقداً باطلاً أياً كان سبب البطلان أو كان الدين ليس ديناً مدنياً بل ديناً طبيعياً)).

ومع تقديرنا للمكانة العلمية للمرحوم الأستاذ السنهوري فإنه لم يكن موفقاً ودقيقاً فيما ذهب إليه للأسباب الآتية:-

أ- الالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي ينقصه عنصر المطالبة فقط أي يفقد صفة المسؤولية وتبقى صفة المديونية أو كما يقول علماء القانون يسقط عنصر المسؤولية ويبقى عنصر المديونية للالتزام، فهو رابطة قانونية بمقتضاها يبقى الحق ولكنها لا تخول الدائن دعوى إجبار المدين على الوفاء به، لأنه يفقد عنصر الحماية القانونية.

ب- ليس لعدم إجبار المدين على التنفيذ دور في تقرير صحة الوفاء أو البطلان، لأن الوفاء يصح بمجرد وجود سبب صحيح قائم للحق وهو لا يسقط بالتقادم.

ج- نص التقنين المدني المصري القائم (م/٢٠١)، والسوري (م/٢٠٣)، والليبي (م/٣٠٤) على أن الدين الطبيعي موجود، لأنه ((لا يسترد المدين ما أداه باختياره

---

[1] لمزيد من التفصيل يُنظر مؤلفنا: نظرية الالتزام برد غير المستحق، ص٧٨ وما يليها.

[2] الوسيط، ١/١٣٤٣، نبذة ٨٢١.

قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً أو أدبياً محضاً وكان الموفي عالماً على الأقل بحقيقة الحال عند الوفاء)).

د- الراجح في الشرائع والقوانين أن التقادم لا يسقط الحق وإنما يسقط الدعوى وإجبار المدين على الوفاء.

ثانياً- كون السبب غير صحيح كما في العقد الباطل أو الإرادة المنفردة الباطلة:

فالسبب في هذه الحالة موجود صورياً غير أنه غير صحيح فيعد كأن لم يوجد أصلاً في الواقع، فمن قبض محل التصرف الباطل كالمبيع والثمن في عقد البيع الباطل مثلاً أو الموهوب في هبة باطلة كما في حالة كون الواهب عديم التمييز يجب على الموهوب له رده للواهب أو من ينوب عنه فوراً، لأنه كسب بلا سبب.

ثالثاً- أن يزول السبب قبل القبض:

فإذا صح العقد ثم بعد فسخه لمبرر أخذ أحد الطرفين عوضه الذي كان يستحقه قبل الفسخ كاستلام البائع الثمن واستلام المشتري المبيع بعد فسخ البيع يلتزم القابض برد ما قبضه، لأنه كسب بدون سبب، وللقاعدة العامة التي تقضي بأن العاقدين بعد فسخ العقد يرجعان إلى ما كانا عليه قبل إبرامه.

رابعاً- أن يوجد السبب ولكنه كان غير مشروع:

كما في حالات غصب مال الغير أو سرقته أو أخذه عن طريق خيانة الأمانة أو نحو ذلك.

وجدير بالذكر أن جزاء هذه الحالة الأخيرة (الرابعة) جزاء مدني وجنائي في وقت واحد، لأن في كل صورة منها اعتدائين، اعتداء على حق خاص، فالمال المغصوب حق خاص للمغصوب منه والمال المسروق حق خاص للمسروق منه، والمال المأخوذ عن طريق خيانة الأمانة قد يكون مالاً خاصاً وقد يكون من الأموال العامة، فجزاء الاعتداء المدني على هذه الحقوق هو وجوب رد الحق نفسه إذا كان باقياً مع تعويض الضرر المترتب عليه بسبب الاعتداء.

وإذا لم يكن باقياً يجب رد بدله من مثل في المثليات ومن أعلى قيمة من القيم من بدء مدة الاعتداء إلى تقدير قيمته، على رأي، فتقدر القيمة عن طريق القضاء أو أهل الخبرة.

والحق العام المعتدى عليه في جرائم الأموال هو نفس الحق العام في جميع أنواع الجرائم، وهو (احترام القانون والنظام العام والآداب العامة إضافة إلى حفظ الأمن والسلم والاستقرار).

وجزاء الاعتداء على الحقوق العامة هو ما حددته نصوص القوانين الجزائية وفقاً لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

والكسب بدون سبب من أسباب الالتزام كما يقول المنطق القانوني أو مصدر من مصادر الالتزام كما يقول أهل القانون يتميز من سائر الأسباب بميزتين:-

إحداهما: أنه يجمع بين نفع المعتدى غير المشروع الذي سماه بعض علماء القانون (الإثراء بلا سبب) وبين ضرر المعتدى عليه بدون سبب الذي أطلق عليه بعض القوانين (الافتقار بلا سبب).

والثانية: هي أنه يجمع غالباً بين الالتزام المدني بالنسبة لرد البدل أو التعويض، والالتزام الجنائي بالنسبة للاستسلام لما يقضي به القانون الجزائي والمحاكم والخضوع لتنفيذه سواء كان الجزاء عقوبة بدنية كالسجن والحبس أو عقوبة مالية كالغرامة.

المطلب الرابع
المسؤولية عن أعمال الغير

عالج علماء القانون وبعض من فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الموضوع معالجة غير دقيقة وغير موفقة في بعض عناصره وأحكامه للأسباب الآتية:-

أولاً- قسموا الغير في هذا العنوان إلى الإنسان والحيوان والأشياء والحراسة والآلات ونحوها، وهو تقسيم خاطئ في ميزان المنطق والفلسفة، لأن الأشياء جمع شيء وهو في لغة العرب مأخوذ من المشيئة بمعنى الإرادة أي ما يريده الإنسان ويتصوره.

وفي الاصطلاح الفلسفي هو كل ما يمكن أن يعلم ويخبر عنه، أي يبحث عن شؤونه سواء كان موجوداً في خارج ذهن الإنسان أو معدوماً، فهو جنس عال يتدرج تحته جنسان آخران وهما الكائن الحي والجماد.

والكائن الحي يندرج تحته جنسان متوسطان، لأنه إن كان متحركاً بالإرادة فهو حيوان، وإلا فهو نبات بمعناه العام الشامل للأشجار.

والكائن الحي المتحرك بالإرادة يشمل الإنسان وجميع أنواع الحيوانات.

ورغم ذلك فإن الأشياء في التقسيمات القانونية جعلت قسيمة للإنسان والحيوان، وهذا التقسيم باطل، لأنه من قبيل تقسيم الشيء إلى نفسه وغيره من سائر أقسامه. فالتقسيم المنطقي الصائب يكون إلى الكائن الحي والجماد. وتقسيم الأول إلى الإنسان والحيوان، فالتقسيم ثنائي إجمالاً (الكائن الحي والجماد)، وثلاثي تفصيلاً (الإنسان والحيوان والجماد)، فكان على علماء القانون والفقهاء أن يعالجوا المسؤولية عن عمل الغير على أساس هذا التقسيم الثلاثي .

ثانياً- ربط أكثرهم مسؤولية الإنسان المباشر وغير المباشر بالإدراك والعقل، وأعطوا العمل غير المشروع الصادر عن الإنسان عديم الأهلية حكم العمل الضار الصادر عن الحيوان على أساس أن فعله كفعل الحيوان لا يوصف لا بالمشروعية ولا بعدم المشروعية. وهذا إن صح بالنسبة للمسؤولية الجنائية فإنه غير صحيح في المسؤولية المدنية بقسميها العقدية والتقصيرية، لأن الأولى من الأحكام التكليفية (الوجوب والحرمة والإباحة)، فعديم الأهلية لا يُسأل جنائياً رغم أن عمله غير المشروع يوصف في حد ذاته بصفة عدم المشروعية، والثانية من الأحكام الوضعية (السببية والشرطية

والمانعية)، فعديم الأهلية يُسأل عن عمله غير المشروع، فيجب الضمان في ماله حالاً إن كان له المال أو مآلاً إن لم يكن له المال وقت ارتكاب عمله، لأنه من باب ربط المسببات بأسبابها بغض النظر عن أهلية من صدر عنه السبب، فالعمل غير المشروع سبب والضمان أو التعويض مسبب.

ثالثاً- ربط بعض الفقه كالفقه الغربي والقوانين المتأثرة به مسؤولية الإنسان مطلقاً جنائية أم مدنية بأهلية الأداء بقسميها (الكاملة والناقصة).

وهذا خطأ، لأن أهلية الالتزام والضمان منوطة بأهلية الوجوب (صلاحية الإنسان لأن يكون له الحقوق وعليه الالتزامات) وهي تولد مع ميلاد الإنسان حياً وتموت بموته، وهذه الأهلية تعود إلى الحكم الوضعي دون التكليفي كما ذكرنا ولا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية، فإذا جن بعد الولادة أو البلوغ فلا تتأثر بهذا الجنون حقوقه المالية وغير المالية كالحقوق الزوجية ولا التزاماته السابقة واللاحقة.

رابعاً- خلط الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية. فمن لا يكون أهلاً للمسؤولية الجنائية لا يكون أهلاً للمسؤولية المدنية إذا قام بعمل غير مشروع ضار، وهذا خطأ لما ذكرنا من أن الحكم الشرعي وكذا القانوني نوعان: تكليفي لا يكلف به إلا من يكون بالغاً عاقلاً مختاراً واعياً، ووضعي ينقسم إلى السببي والشرطي والمانعي دون التفرقة بين كامل الأهلية وعديم الأهلية. فالعمل غير المشروع الضار سبب للالتزام والضمان سواء كان صادراً عن العاقل أو المجنون لأنه من باب ربط المسببات بأسبابها فما دام السبب قائماً فالمسبب يكون موجوداً كما ذكرنا.

خامساً- خلطوا بين خطأ المتسبب وخطأ المباشر وأعطوهما حكماً واحداً فقالوا إذا اجتمع المتسبب والمباشر ينسب الحكم إلى المباشر إذا كان الثاني بالغاً عاقلاً غير تابع وينسب إلى المتسبب إذا كان المباشر قاصراً تحت رعاية ورقابة بالغ عاقل أو كان تابعاً له أو تحت حراسته، وقد بيّنا سابقاً خطأ هذه القاعدة، فالصواب أن يُقال (إذا اجتمع المتسبب والمباشر تتوزع المسؤولية عليهما حسب طبيعة المساهمة وتأثيرها في إحداث الضرر).

وعلى سبيل المثل من أحدث جرحاً غير مميت في شخص فنقل إلى المستشفى فمات في الطريق بالاصطدام أو بالحريق في المستشفى أو بخطأ الطبيب المعالج، فالمفروض أن يُسأل

الأول عن الشروع، لأن عمله غير المشروع كان سبباً لنقله إلى المستشفى ولو كان إحداث الجرح بسبب مبيح كإلقاء القبض على السجين الهارب عن طريق إحداث جرح في رجله مثلاً يُسأل المباشر فقط حين نقله إلى المستشفى ١٠٠٪ رغم أن النقل كان بسبب الجرح، لأن إحداث السبب كان مباحاً لكونه أداءً للواجب.

ولو حفر شخص بئراً في مكان غير مسموح فدفع شخص آخر مالاً فوقع فيها فتلف فيُسأل الأول جزائياً ويعاقب بعقوبة تعزيرية، لأن عدم مشروعية عمله مستقل عن عمل من أوقع الشيء في البئر، فلا يجوز توحيد الجزاء لسببين غير مشروعين كما يُسأل المباشر عن تعويض التلف الكلي أو الجزئي. ولو كان الحفر في مكان مسموح كحديقة الدار أو البستان المملوك للحافر تقع المسؤولية على من باشر الإيقاع فيها.

سادساً- عدم الدقة في تفسير التعمد والتعدي ومدى صلاتهما بالمسؤولية التقصيرية حيث قالوا إذا اجتمع المتسبب والمباشر يُسأل المتسبب إذا تعمد أو تعدى ولكن يُسأل المباشر وإن لم يكن متعمداً أو متعدياً[1].

وهذا خطأ، لأن المراد بالتعمد هو أن يقصد بالعمل غير المشروع إحداث الضرر بالغير رغم عدم وجود مبرر فيشترط في هذا الخطأ توافر عنصرين: المادي (الإخلال بواجب قانوني) والمعنوي (إدراك المخل بأنه أخل بواجبه القانوني).

والمراد بالتعدي هو العمل غير المشروع فيكفي في هذا الخطأ وجود العنصر المادي (الإخلال بواجب قانوني) سواء وجد العنصر المعنوي أو لم يوجد، فتكون عناصر المسؤولية التقصيرية (العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية).

وبناءً على ذلك كل عمل غير مشروع في حد ذاته إذا لم يتوفر فيه التعمد أو التعدي يتجرد من صفة عدم المشروعية ويتحول إلى المباح كما في حالات الدفاع الشرعي وأداء الواجب واستعمال الحق فلا يُسأل الفاعل لا جنائياً ولا مدنياً، فتوافر عنصر التعمد أو التعدي ضروري في المسؤولية التقصيرية مطلقاً سواء كان الفاعل متسبباً أو مباشراً.

---

[1] كما ورد ذلك في المدني الأردني المادة (٢/٢٥٧) التي نصها ((فإن كان – أي الإضرار – بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكن الفعل مفضياً إلى الضرر)).

سابعاً- استحداث فكرة الخطأ المفترض خطأ، وينسب هذا الاستحداث إلى القضاء الفرنسي بعد قيام الثورة الصناعية في أوروبا وإصابة بعض عمال المعامل والمصانع بعاهات مستديمة نتيجة استعمالهم لأجهزة العمل والإنتاج، فافترض أن صاحب المؤسسة الاقتصادية قد أخطأ حتى يستحق العامل المصاب التعويض من صاحبها على أساس: (الخطأ المفترض + الضرر + علاقة السببية).

والخطأ المفترض فكرة وهمية وهي من نسيج خيال القضاء وأوهام القضاة أو رجال القانون. ولا تبنى عليه الحقائق القانونية (تعويض الأضرار) أي تحمل نتائج وتبعات العمل غير المشروع رغم عدم وجود الخطأ الحقيقي.

والصواب في ميزان المنطق هو أن تبعات الأعمال غير المشروعة للإنسان مبنية على أحد الأسس الثلاثة الآتية:-

الأساس الأول/ وجود الخطأ الحقيقي الجنائي أو المدني، كما سبقت تطبيقاتهما.

الأساس الثاني/ قاعدة الغرم بالغنم، كما في مسؤولية صاحب المؤسسة الإنتاجية والاقتصادية رغم عدم وجود خطأ المسؤول، فكما يكون مسؤولاً في تصليح أحد أجهزة المؤسسة إذا حصل فيه عطل وعليه نفقات تصليحه أو تبديله كذلك إذا أصيب أحد العمال بعاهة مستديمة أعجزته عن العمل فعليه تعويض هذا الضرر حسب حجمه بناءً على قاعدة الغرم بالغنم.

الأساس الثالث/ مبدأ التناصر والتعاون رغم عدم خطأ المسؤول، كما في مسؤولية العاقلة (العشيرة والقبيلة أو المؤسسة التي ينتمي إليها الجاني) عن دية القتل الخطأ مع وجود مبدأ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [1]، أي لا تتحمل النفس البريئة تبعات النفس الجانية فالمبدأ الثاني هو الأصل والأول (كون الدية على العاقلة) استثناء. وفلسفته التناصر والتعاون على البر الذي هو مأمور به أيضاً كما قال تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [2] فخصص عموم مبدأ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ بمبدأ التناصر والتعاون في قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى﴾.

ثامناً- فقهاء الشريعة كفقهاء القانون لم تتفق كلمتهم على تحديد مسؤولية عديم الأهلية بل اختلفوا على ثلاثة آراء:-

---

(١) سورة الأنعام/١٦٤

(٢) سورة المائدة/٢

الرأي الأول/ الصبي ومن في حكمه يضمن ما أتلفه سواء كان مميزاً أو غير مميز، وكذا المجنون والمعتوه وهم كالعقلاء والبالغين في ذلك[١] وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي[٢] وحسناً فعل. والإتلاف والاستيلاء سيان لتحقق الضمان، لأن هذا العمل غير المشروع يكون سبباً لانشغال ذمة المستولي برد نفس العين المستولى عليها أو مثل أو قيمة في حالة الإتلاف.

الرأي الثاني/ يُفرق بين المميز وغير المميز أي بين من يعقل ومن لا يعقل، ويسري على المميز حكم البالغ في الضمان، بخلاف غير المميز (الصبي الذي لا يعقل) ومن في حكمه، فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال[٣].

الرأي الثالث/ لا مسؤولية لغير البالغ سواء كان مميزاً أو غير مميز وبالتالي لا ضمان عليه فيما يتلفه من أموال[٤].

والراجح بل الصواب هو الرأي الأول، لأن ضمان المتلفات من باب الحكم الوضعي (ربط المسببات بأسبابها) فلا يشترط لا البلوغ ولا العقل ولا الإدراك، فما دام السبب قائماً (العمل غير المشروع الضار) فالمسبب موجود وهو التعويض أو رد العين إذا كانت باقية أو بدلها من مثل أو قيمة.

تاسعاً- استبعاداً عن خطأ تقسيم الشيء إلى نفسه وغيره، كما ذكرنا، تتوزع دراسة المسؤولية عن عمل الغير على ثلاثة فروع الأول إذا كان الغير إنساناً، والثاني عندما يكون حيواناً، والثالث إذا كان جماداً.

---

(١) المبسوط في الفقه الحنفي للسرخسي (شمس الدين)، ٨٦/٢٦.

(٢) في المادة (١٩١).

(٣) قال ابن جزي في القوانين الفقهية، ص٣٣٣: ((فإن كان غير بالغ فيحكم عليه في التعدي على الأموال بحكم البالغ إذا كان يعقل ما أتلفه إن كان له مال فإن لم يكن له مال اتبع به (أي ينتظر إلى الميسرة)، وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء، وقيل المال هدر والدية على العاقلة كالمجنون)).

(٤) المحلى لأن حزم الظاهري، ٣٤٤/١٠، وفيه: ((لا قود على مجنون فيما أصاب في جنونه ولا على سكران فيما أصاب في سكره المخرج له من عقله ولا على من لم يبلغ ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان وهؤلاء والبهائم سواء)).

الفرع الأول
حالة كون الغير إنساناً[1]

وهذه الحالة ذات شقين: أحدهما بناء المسؤولية على أساس الرعاية والرقابة، والثاني بناؤها على أساس التبعية:

الشق الأول/ المسؤولية المبنية على أساس الرقابة:

وجدير بالذكر أن علماء القانون والمشرعين استعملوا كلا المصطلحين (الرعاية والرقابة) معاً على أساس أنهما مترادفان، وفي ميزان المنطق أن هذا الصنيع خطأ، لاختلافهما من حيث الماهية والوظيفة.

فماهية الرعاية هي التربية والتوعية والتوجيه نحو السلوك الصحيح والأخلاق الحميدة، فرعاية الأولياء أو الأوصياء أو المعلمين من صميم واجباتهم وجوباً عقلياً طبيعياً قبل أن يكون واجباً شرعياً وقانونياً يخضع لتنظيمهما، بخلاف الرقابة وهي عبارة عن التدابير الاحترازية التي لا تتخذ ضد حرية أي شخص سواء كان كامل الأهلية أو ناقصها أو عديمها ما لم تظهر فيه بوادر الانحراف أو الجنوح أو ارتكاب عمل غير مشروع.

وقد نصت على هذه الحقيقة القوانين الجنائية، منها قانون العقوبات العراقي المادة (١٠٣/١) على أنه ((لا يجوز أن يوضع تدبير من التدابير الاحترازية التي نص عليها القانون في حق شخص دون أن يكون قد ثبت ارتكابه فعلاً يعده القانون جريمة وأن حالته تعتبر خطيرة على سلامة المجتمع)).

وإذا تحقق موجب الرقابة فإن أخل المكلف بها بالتزامه في القيام بالعمل الواجب عليه في هذا المجال يكون الضمان المالي من مال القاصر.

---

[1] في هذا الموضوع يُنظر القوانين المدنية الآتية:
المدني العراقي القائم (م/٢١٨-٢٣١)، والمصري (م/١٧٣-١٧٤)
والأردني (م/٢٨٨-٢٩٢)، والكويتي (م/٢٣٨-٢٤١)
والسوري (م/١٧٤-١٧٩)، واللبناني (م/١٢٩-١٣٣)
وغيرها من القوانين التي عالجت هذا الموضوع.

أما المراقب فجزاؤه جنائي فيعاقب بعقوبة تعزيرية ملائمة لحجم إخلاله بالتزامه خلافاً للاتجاه السائد في أكثر القوانين وشروحها من أن الضمان على المكلف بالرقابة[1]، فتوحيد المسؤولية بتحميل الرقيب وحده كما في بعض القوانين أو تحميل المباشر وحده مخالف للمنطق القانوني، لأن الجزاء ليس مدنياً محضاً ولا جنائياً محضاً، وإنما هو جزاء جنائي بالنسبة للمراقب المخل بالتزامه، ومدني لمن قام بعمل غير مشروع أدى إلى إلحاق الضرر بالغير ويكون الضمان من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال المكلف بالرقابة على أن يكون له الحق في الرجوع عليه بما دفعه للمضرور.

لكن يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابُدّ واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

وكذلك يستطيع أن يخلص المباشر القائم بالعمل غير المشروع والمحدث للضرر إذا أثبت أن الضرر كان بفعل أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو بتقصير المضرور أو نحو ذلك.

وبناءً على ما ذكرنا يشترط لتحقق المسؤوليتين (الجزائي والمدني) في وقت واحد أن يتوفر ما يلي:-

١- وجود شخص قاصر تحت رقابة شخص آخر بموجب القانون أو الاتفاق.
٢- صدور عمل غير مشروع يضر بمصلحة الغير تتوفر فيه الصلة بين العمل والنتيجة.
٣- أن يكون حدوث الضرر أثناء مدة الرقابة.
٤- إثبات تقصير المكلف بالرقابة، لأن المسؤولية تقصيرية والأصل عدمها.
٥- عدم توحيد الجزاء بإلقائه على المراقب وحده أو عديم الأهلية وحده، لأن سببه يختلف، فسبب التزام المكلف بالرقابة إخلاله بالتزامه بها وخطؤه يجب أن يتوافر فيه عنصراه المادي والمعنوي.

وسبب التزام المباشر العمل غير المشروع الضار ويكفي في خطئه توافر العنصر المادي (الإخلال بواجب قانوني).

---

[1] منها المدني العراقي (م/٢١٨)، التي نصها: ((يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير)) فكان المفروض أن يعطي الحق لمن دفع التعويض أن يرجع على من صدر عنه الفعل الضار بالغير. فالعدالة تقضي بأن يكون التعويض من مال القاصر أو الحدث إن كان له مال، لأنه أهل للالتزام المدني، فإذا لم يكن له مال يدفعه المكلف بالرقابة ثم يرجع عليه بما دفعه، ومنها المدني المصري القائم (المادة ١٧٣).

الشق الثاني/ المسؤولية المبنية على أساس التبعية:

تزداد يوماً بعد يوم المسؤولية على أساس التبعية نتيجة تطور الحياة في احتكاك أفراد المجتمع بعضهم ببعض على الصعيدين الداخلي والدولي بفضل تقدم وسائل المواصلات التكنولوجية، بينما في مقابل ذلك لا نجد تطوراً في القوانين الوضعية وآراء فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية في معالجة نظرية مسؤولية المتبوع عن الأعمال الضارة التابعة، بل ظلت فكرة الخطأ المفترض[1] بالنسبة للمتبوع محتفظة بدورها في التزام المتبوع بتعويض المضرور وجبر ضرره، مع أن الخطأ المفترض كما ذكرنا من نسيج الخيال، فلا يصح أن تبنى عليه الحقائق العملية الواقعية القانونية.

ثم أن المسؤولية على أساس التبعية تختلف كلياً عن المسؤولية على أساس الرقابة من الأوجه الآتية:-

١- مسؤولية الرقابة تبنى على الخطأ، غير أنه بالنسبة للمكلف بالرقابة يجب أن يتوافر فيه عنصراه المادي والمعنوي، أما بالنسبة للقاصر فالخطأ يرادف التعدي أو العمل غير المشروع، فيكتفى فيه بالعنصر المادي فقط (الإخلال بواجب قانوني)، وبتعبير آخر اتصاف فعله بصفة عدم المشروعية، بينما مسؤولية المتبوع عن العمل غير المشروع الضار الصادر عن تابعه مبنية على قاعدة الغرم بالغنم، فالمتبوع سواء كان شخصاً معنوياً، كالأضرار التي يحدثها الجيش التابع لوزارة الدفاع ويصيب الأفراد أثناء العمليات العسكرية، أو شخصاً طبيعياً كمسؤولية صاحب المؤسسة الاقتصادية عن الأضرار التي تصيب العامل فيها تكون المسؤولية المدنية وهي التعويض وجبر ضرر المضرور مبنية على أساس أن المنتفع بأعمال التابع هو المتبوع والنفع غنم، فالمستفيد منه هو المسؤول عن غرم ما يحدثه التابع مقابل ذلك الغنم، ولا ينسب إلى المتبوع الخطأ مطلقاً لا الخطأ الحقيقي ولا الخطأ المفترض ولا الخطأ المتوقف على توافر عنصريه ولا الخطأ المكتفي بعنصر واحد (عنصر مادي).

٢- العلاقة بين التابع والمتبوع لا تستوجب أن يكون المتبوع كامل الأهلية فتصح التبعية رغم كون المتبوع غير بالغ أو غير مميز ويكفي لقيام مسؤولية التابع خضوعه لسلطة من ينوب عنه قانوناً أو اتفاقاً.

---

[1] يُنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٢/٤٢١.

٣- تختلف التبعية عن الرقابة في أن الأولى قد تكون عقدية كالعلاقة بين صاحب العمل والعامل، وقد تكون وظيفية كالعلاقة بين الدولة والموظف، كما تكون خدمة عامة إجبارية كالجندي المكلف في الجيش بأداء الخدمة الإلزامية دفاعاً عن البلد، وكذلك تكون أدبية كتكليف صديق صديقه بأن يقوم بعمل له بدون مقابل أو تكليف الزوج زوجته بأن تقوم بعمل لمصلحته أو عكس ذلك.

بينما الرقابة غالباً تكون مبنية على الولاية الخاصة عن طريق القرابة أو الوصاية كالوصي المختار من قبل الولي أو الوصي المعين من قبل القضاء.

٤- طبيعة المسؤولية تختلف في الحالتين حيث تكون مسؤولية المتبوع دائماً مدنية، فلا يُسأل عن جناية التابع بناءً على مبدأ شخصية العقوبة التي أقره القرآن في آيات متعددة قبل القانون بمئات السنين، منها قوله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾. فالتابع وحده يُسأل جنائياً عن أعماله الجرمية، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون دائماً بالغاً عاقلاً. بينما المكلف بالرقابة جزاؤه جنائي لتقصيره وإخلاله بواجب الرقابة، غير أن المسؤولية المدنية تقتصر على عاتق عديم الأهلية والضمان يكون في ماله إذا كان له مال، فإذا دفعه المكلف بالرقابة يرجع عليه بما وفاه كما في المادة (١٩١) من المدني العراقي النافذ، حيث وردت هذه المادة مطلقة فتشمل حالة الرقابة وغيرها. وفي جميع الأحوال يشترط لمسؤولية المتبوع عن تعويض الضرر الذي أحدثه تابعه:-

أ- أن يكون إحداثه أثناء العمل الذي يقوم به لمصلحة المتبوع، أما في خارج هذا النطاق فلا يُسأل المتبوع عن العمل غير المشروع الضار الصادر عن التابع لا جنائياً ولا مدنياً، لعدم الصلة بين التبعية والعمل غير المشروع الصادر عن التابع من حيث أنه تابع.

ب- أن لا يكون الضرر بفعل أجنبي أو بتقصير للمضرور. وجدير بالذكر أن أكثر القوانين الوضعية[1] لم تكن موفقة في معالجة مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه، لأنها بنت هذه المسؤولية على أساس عنصر الخطأ المفترض للمتبوع في المسؤولية

---

(١) منها المدني العراقي القائم (م ٢/٢١٩): ((ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لابُدّ واقعاً حتى ولو بذل هذه العناية)).

التقصيرية حيث خلطت بين المسؤولية على أساس الرقابة والمسؤولية على أساس التبعية في كثير من العناصر والأحكام من جهة وبين البناء على الخطأ وقاعدة الغرم بالغنم من جهة أخرى.

وبوجه خاص أعطت القوانين للمتبوع حق الرجوع على التابع بما دفعه من التعويض عن ضرر المضرور[١]، والمراد بالمسؤول هنا المتبوع بقرينة المادة (١/٢١٩)[٢].

الفرع الثاني

المسؤولية عن عمل الغير إذا كان حيواناً

المبادىء العامة في هذا القسم:-

١- المسؤولية عن أضرار الحيوان تتطلب توافر الخطأ الحقيقي للمسؤول بعنصريه المادي والمعنوي، لأن الأصل عدم المسؤولية.

٢- الغير الذي يكون حيواناً لا يُسأل لا جنائياً ولا مدنياً في جميع الأحوال، لأن الحيوان ليس قابلاً لأهلية الوجوب (الصلاحية لكسب الحقوق وتحمل تبعات أعماله الضارة).

٣- أساس المسؤولية عن أضرار الحيوان الملكية إذا كان مالكاً له أو العقد إذا كان سبب الالتزام عقداً.

٤- من الخطأ الشائع في القوانين الوضعية جعل المسؤولية عن أضرار الحيوان قسيماً للمسؤولية عن الأعمال الضارة الشخصية، لأن العمل الضار الشخصي إما فعل كإتلاف مال الغير أو غصبه أو سرقته وغيرها، وإما امتناع، كالامتناع عن أخذ الحيطة والحذر والتدابير الاحترازية لمنع الحيوان المعروف بأنه يؤذي الناس جسدياً أو مادياً، والفعل والامتناع عن أداء الواجب والإهمال والتقصير كلها أعمال شخصية، فكان المفروض أن يعالج الموضوع (المسؤولية عن أعمال الحيوان الضارة) تحت عنوان

---

(١) ومنها القانون المدني العراقي الذي نص في المادة (٢٢٠) على أن ((للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه)) والمراد بالمسؤول هنا هو المتبوع. ويطابقه المدني المصري (م/١٧٥).

(٢) التي نصت على أن: ((الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم)).

(الأعمال الشخصية) وقس على ذلك الإهمال والامتناع عن اتخاذ التدابير الاحترازية والإصلاحية لبناء معرض للانهدام الكلي أو الجزئي الذي يهدد الغير بالخطر والضرر. فدراسة أضرار الحيوان والجماد تحت عنوان (المسؤولية عن عمل الغير) خطأ جسيم واضح، فالمسؤولية عن عمل الغير لا تعالج تحت هذا العنوان إلا بالنسبة للحالة التي يكون فيها هذا الغير إنساناً قاصراً أو ضعيف العقل أو الجسد كما في صورة الرقابة.

٥- لا يكون الإنسان مسؤولاً عن أضرار الحيوان الاعتيادي غير المعروف بالإيذاء أو كان من المتوقع أن يدخل مزرعة أو بستاناً للغير مثلاً، وهذا المعنى هو المراد من قاعدة (جناية العجماء جبار) أي هدر، فيحدث فيه الضرر أثناء الرعي.

الفرع الثالث

المسؤولية عن عمل الغير إذا كان جماداً

جميع المبادىء العامة والملاحظات التي استعرضناها بالنسبة للمسؤولية عن عمل الغير إذا كان حيواناً واردة هنا أيضاً، فمن الخطأ الشائع في القوانين الوضعية دراسة هذه المسؤولية تحت عنوان المسؤولية عن الغير، لأن مكان معالجة عناصر وأحكام أضرار الجماد أو الحيوان هو عنوان المسؤولية عن الأعمال الشخصية.

فمسؤولية حوادث وأضرار المواصلات البرية والبحرية والجوية والسلكية واللاسلكية بالنسبة للمسؤولين عن استمرارية صيانتها وفحصها قبل البدء باستخدامها والتأكد من كامل صلاحيتها للاستعمال، وكذلك مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري عن التأكد من صلاحية البناء للسكنى، ومسؤولية مالك البناء الذي يهدد الغير بخطر الانهيار الكلي أو الجزئي والتزامه بإصلاحه واتخاذ الحذر والحيطة وكافة التدابير الاحترازية لمنع وقوع الخطر، كلها مسؤولية عن الأعمال الشخصية، ومن الخطأ الشائع في القوانين الوضعية معالجتها تحت عنوان المسؤولية عن عمل الغير[1].

---

[1] كما في المدني العراقي المواد (٢٢١-٢٣٢)، والمصري (١٧٦-١٧٨)، والأردني (٢٨٩-٢٩٥)، واللبناني(١٢٩-١٣٢)، واليمني (٣١٩-٣٢١)، والسوري (١٧٤-١٧٩)، والكويتي(٢٤٢-٢٥٤). وهكذا بقية القوانين المدنية العربية كلها وقعت في هذا الخطأ الواضح فعالجت المسؤولية عن أضرار الحيوان والجماد تحت عنوان المسؤولية عن عمل الغير مع أنها مسؤولية عن الأعمال الشخصية.

ثم إن كل حدث يصدر عن الحيوان أو الجماد لا يوصف بعدم المشروعية، لأن تعبير (عدم المشروعية) يستعمل لحدث من شأنه أن يوصف بالمشروعية، لأن التقابل بينهما فلسفياً تقابل العدم والملكة[١] كالعمي فلا يوصف به إلا ما من شأنه أن يكون له البصر، والجهل لا يستعمل إلا لمن يكون قابل العلم والتعلم، فلا يُقال هذا الجدار أعمى أو ذلك الحجر جاهل.

وفي جميع الأحوال مما ذكرنا فيما يتعلق بمطالبة تعويض الضرر تسقط الدعوى بمرور ثلاث سنوات اعتباراً من العلم بالضرر وبالجهة المسؤولة عنه.

وفي كل الحالات تسقط الدعوى بمرور خمس عشرة سنة اعتباراً من حدوث الضرر.

الاستنتاج:

كل من ينظر في نصوص القوانين المدنية المعاصرة للبلاد العربية بعمق ودقة مستخدماً ميزان المنطق والمعيار الفلسفي لمعرفة كيفية معالجة ما أطلق عليه المصدر الثاني (الإرادة المنفردة) والثالث (العمل غير المشروع أو الفعل الضار) والرابع (الكسب دون سبب أو الإثراء بلا سبب أو الفعل النافع) حسب الاختلاف في التعابير يجد في أكثرها تناقضات واضطرابات ونواقص وزوائد، وفيما يلي نماذج منها:-

أولاً- تلك المصادر الثلاثة للالتزام إنما هي أسباب له، وقد أثبتنا هذه الحقيقة بالأدلة العقلية والمنطقية والنقلية.

ثانياً- زهاء ٨٠٪ من أسباب (أو كما يُقال مصادر) الالتزامات المدنية والجنائية، في جميع قوانين بلاد العالم، أقوال وأفعال انفرادية سواء أكانت إرادية أم لا إرادية، وكلها تندرج تحت عنوان (الإرادة المنفردة) أو (التصرف الانفرادي).

وزهاء ٢٠٪ من الالتزامات سببها أو مصدرها تلاقي إرادتين فأكثر على وجه يرتب عليه القانون أثراً كالعقود بجميع أنواعها والاتفاقيات والمعاهدات ونحوها.

ورغم هذا الدور المهم للإرادة المنفردة لم تعر لها القوانين العربية أهمية تذكر بل عولجت في بعض القوانين بمادة واحدة وبمثال واحد وهو الوعد بالجائزة كالمدني المصري[٢] أو بمادتين[٣]. أو بمواد قليلة جداً لا تتلائم مع أهميتها كالمدني

---

[١] المصطلح الفلسفي عند العرب، للدكتور عبدالأمير الأعسم، ص٣٧٩.

[٢] رقم (٣١) لسنة ١٩٤٨، المادة (١٦٢).

[٣] كما في المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المادتان (١٨٤-١٨٥).

الأردني[١] واليمني[٢]. وهكذا فعلت سائر القوانين العربية في عدم اهتمامها بالإرادة المنفردة.

ثالثاً- قسمت المسؤولية عن العمل غير المشروع[٣] إلى المسؤولية عن الأعمال الشخصية والمسؤولية عن الغير[٤]. ثم قسم هذا الغير إلى الإنسان والحيوان والجماد، مع أن المسؤولية عن الأعمال الضارة للحيوان والجماد تندرج تحت المسؤولية عن الأعمال الشخصية دون عمل الغير، لأن أعمال غير الإنسان لا توصف لا بالمشروعية ولا بعدم المشروعية كما ذكرنا.

رابعاً- قسم العمل النافع[٥] إلى العمل غير المشروع (قبض غير المستحق) والعمل المشروع (الفضالة)، وهذا من قبيل تقسيم الشيء إلى نفسه ومباينه، وهذا باطل يرفضه المنطق القانوني.

خامساً- قسم العمل غير المشروع (الإثراء بلا سبب)[٦] وهو عمل غير مشروع إلى العمل غير المشروع (دفع غير المستحق) [٧] وإلى العمل المشروع (الفضالة)[٨]، وهذا أيضاً من قبيل تقسيم الشيء إلى نفسه ومباينه، لأن قسيم كل شيء مباين للقسيم الآخر، وهو أيضاً مرفوض منطقياً وعقلياً.

سادساً- لم يشترط التعمد ولا التعدي في الإضرار بالغير إذا كان مباشراً كما في المدني الأردني الذي نص في المادة (٢٥٧) على أنه:-

((١- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

٢- فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر)).

---

[١] رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، المواد (٢٥٠-٢٥٥).

[٢] رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢، المواد (٣٠٤-٣٠٦).

[٣] كما في المدني العراقي الفصل الثالث المادة (١٨٦) وما يليها.

[٤] المادة (٢١٨) وما يليها.

[٥] كما في الفصل الرابع من القانون المدني الأردني (م/٢٩٣-٢٩٥).

[٦] كما في الفصل الرابع من المدني المصري المادة (١٧٩-١٨٠).

[٧] المادة (١٨٨) وما يليها.

[٨] المادة (١٨٨) وما يليها

وهذا يستلزم أن يكون الإضرار بالغير مباشرة في حالات الدفاع الشرعي أو أداء الواجب أو استعمال الحق موجباً للضمان والتعويض رغم عدم وجود التعمد والتعدي في تلك الحالات، وهذا مخالف لإجماع قوانين دول العالم، لأن كل حالة من الحالات المذكورة تعد من أسباب الإباحة التي تدفع المسؤولية المدنية والجنائية لكل فعل ضار غير مشروع في حد ذاته الذي يحدث فيها، وهذا أيضاً خطأ جسيم مخالف للمنطق القانوني وإجماع القوانين في العالم.

سابعاً- أعطت القوانين المعاصرة في العالم العربي للمتبوع حق الرجوع على تابعه[1] الذي أحدث ضرراً بالغير بما دفعه من التعويض، وهذا خطأ مخالف للمنطق القانوني ومبني على الخلط بين المسؤولية على أساس الخطأ المفترض والمسؤولية بناءً على قاعدة (الغرم بالغنم) من جهة وبين المسؤولية على أساس الرقابة والمسؤولية على أساس التبعية من جهة أخرى، حيث جاء في الحالة الأولى الرجوع على من دفع عن ضرره تعويضاً دون الحالة الثانية لاختلاف طبيعة الأساسين وما تبنى عليه المسؤولية عن الضرر.

ثامناً- خلطت القوانين العربية المعاصرة وشروحها بين الخطأ المفترض كعنصر من عناصر المسؤولية التقصيرية وبين قاعدة (الغرم بالغنم) في مسؤولية صاحب المؤسسات الاقتصادية وعمالها في حالة إصابتهم بالأضرار.

تاسعاً- الخلط بين الجزاء الجنائي والجزاء المدني بالنسبة للمكلف بالرقابة إذا أخل بالتزامه الرقابي حيث ألزم بالتعويض عن الضرر الذي يحدثه من تحت رقابته[2].

وهذا مخالف للقوانين الجنائية التي تولت معالجة أحكام الأحداث ضمن قوانين العقوبات أو بقانون خاص كما في قانون رعاية الأحداث العراقي[3] الذي نص على

---

[1] كما في المدني العراقي (م/٢٢٣)، والمدني المصري (م/١٧٥)، والسوري (م/١٧٦)، والليبي (م/٣١٨)، وغيرها من قوانين البلاد العربية الأخرى.

[2] كالمدني العراقي الذي نص في مادته (١/٢١٨) على أنه ((يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير)) وتطابقه القوانين المدنية العربية الأخرى، ومنها المدني المصري الذي نص في مادته (١٧٣) على أنه ((كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع)).

[3] رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ المعدل في الفصل الثالث تحت عنوان (مسؤولية الأولياء)

أن عقوبة من أخل بالتزامه الرقابي عقوبة بالغرامـة[١] أو الحـبس[٢] إذا كـان لهـذا الجزاء موجب ملائم مع حجمه.

وأما الجزاء المدني فيكون من مال القاصر إن وجد وإلا فيكلف الرقيب بدفعه ثـم لـه حق الرجوع عليه بما دفعه.

عاشراً- من الضروري إعادة النظر في القوانين المدنية العربية لمعالجة الأخطـاء الشـكلية والموضوعية فيها في ضوء ميزان المنطق والمعـايير الفلسـفية، وذلـك لإعطـاء الإرادة المنفردة دورها في سببية الالتزام الذي شكك بعض علماء القانون في أن يكون لها أي دور في إنشاء الالتزام، حيث ذهب ما يسمى النظرية الفرنسية إلى أن الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تنشيء التزاماً وإلى أن الالتزام الذي ينشأ عن عمل قـانوني لا يكـون مصدره إلا توافق الإرادتين كما ذكرنا سابقاً.

وجدير بالذكر أن التناقضات والاضطرابات التي أشرنا إلى بعض منها في القوانين المدنية العربية مبنية على الخلط بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية وحصر الأولى في العقد والإرادة المنفردة وإدخال جميع الأعمال القانونية الإرادية واللاإرادية في الوقائع القانونية.

---

[١] كما في المادة (٢٩).

[٢] كما في المادة (٣٠).

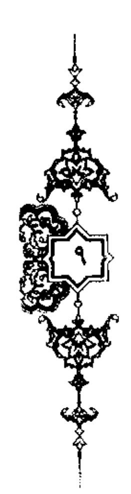




الفصل التاسع

الوقائع الطبيعية والالتزامات القانونية

طبيعة هذا الموضوع تقتضي من الناحية المنطقية توزيع دراسته شكلياً على خمسة مباحث نتناول في المبحث الأول التعريف بالموضوع، وفي الثاني الوقائع الطبيعية والالتزامات الأسرية، وفي الثالث الوقائع الطبيعية والالتزامات المدنية، وفي الرابع الوقائع الطبيعية والالتزامات الجنائية، وفي الخامس الوقائع الطبيعية والالتزامات الدولية.



المبحث الأول
التعريف بالموضوع

الواقعة: حادثة (أو نازلة) وجدت بعد أن لم تكن موجودة، وهي أخص مطلقاً من لفظ (الشيء) الذي يشمل الموجود والمعدوم، حيث يعرف فلسفياً بأنه: كل ما يمكن أن يعرف ويخبر عنه أي يبحث عنه.

والشيء جنس عال أي ليس فوقه جنس آخر، ويندرج تحته جنسان متوسطان وهما الموجود والمعدوم.

والموجود يندرج تحته العمل المشروع والعمل غير المشروع، وكل منهما يندرج تحته نوعان: التصرف والواقعة. ويندرج تحت التصرف: الأقوال والأفعال، كما يندرج تحت الواقعة: الواقعة القانونية والواقعة الطبيعية.

١- الواقعة الطبيعية في مجال القانون:

كل حادثة ليس لإرادة الإنسان دخل مباشر في حدوثها، بل هي من خلق قدرة الله المحضة كالحياة والمماة للكائنات الحية، والزلزال والفيضان والعواصف الجوية والترابية ونحو ذلك من الجمادات.

وهذه الواقعة هي المعنية بدراستنا من حيث كونها من أسباب التزامات الإنسان.

٢- الواقعة القانونية:

وهي كل حادثة يكون للإنسان دور في حدوثها بصورة مباشرة أو غير مباشرة سواء كان دوراً إرادياً غير حر كالأعمال التي تصدر عن الإنسان البالغ العاقل تحت ضغط الإكراه أو الضرورة. أو كان لا إرادياً مطلقاً كالأعمال التي تصدر عن المجنون والصبي غير المميز ومن في حكمهما.

والمراد باللاإرادي هو أن الفاعل حين صدور الفعل عنه لا يستطيع أن يقدر نتائج فعله من خير أو شر ومن صالح أو طالح.

وقد سبق أن بينّا أن علماء القانون لم يكونوا موفقين في وضع معيار منطقي للتمييز بين

التصرف القانوني والواقعة القانونية، فعرفوا التصرف القانوني بأنه اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر يعتد به القانون، أي يرتب عليه الآثار من الحقوق والالتزامات.

وحصروا هذا التصرف القانوني في التصرفات القولية، كما حصروا التصرف القولي في العقد والإرادة المنفردة، واعتبروا ما عداهما من جميع أقوال وأفعال الإنسان الإرادية واللاإرادية وقائع قانونية (أو وقائع مادية).

وقد بيّنا عيوب هذا المعيار سابقاً، ولكن لأهمية المعايير المنطقية للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة نعيد الموضوع هنا بطريقة أوضح وأشمل:

التصرف القانوني: هو كل قول أو فعل صادر عن إنسان بالغ عاقل مختار واع بحيث يرتب عليه القانون أثراً من الحقوق والالتزامات.

وبناءً على هذا التعريف يشترط لتحقق التصرف القانوني توافر العناصر الستة الآتية:-

١- أن يكون الحدث من قول أو فعل صادراً عن الإنسان، فكل ما يصدر عن الطبيعة من الحوادث كالعاصفة والفيضان والزلزال ونحو ذلك أو من الحيوان كإيذاء الإنسان جسدياً أو إتلاف مال أو نحو ذلك واقعة.

٢- أن يكون صادراً عن إنسان بالغ أو مميز، فكل ما يصدر عن غير المميز من قول أو فعل واقعة.

٣- أن يكون صادراً عن بالغ عاقل، فكل ما يصدر عن المجنون ومن في حكمه واقعة.

٤- أن يكون صادراً عن إنسان بالغ عاقل مختار، فكل ما يصدر عن المكره أو المضطر واقعة.

٥- أن يكون صادراً عن إنسان بالغ عاقل مختار واع، فكل ما يصدر عن النائم أو الغافل أو الساهي أو المغمى عليه أو السكران المشلول العقل أو نحو ذلك واقعة.

٦- أن يكون من شأنه أن يرتب عليه القانون أثراً مدنياً كالحقوق والالتزامات المدنية أو أثراً جنائياً كالمساءلة الجنائية والمعاقبة. وبناءً على ذلك فإن كل ما يصدر عن الإنسان من المجاملات والاحتكاكات الاجتماعية والحركات وغيرها مما لا يرتب عليه القانون أي أثر من الحقوق والالتزامات واقعة لكنها غير خاضعة للتنظيم القانوني.

والذي يهمنا في هذا المبحث هو دراسة الواقعة الطبيعية التي لها صلة بالإنسان بحيث يرتب عليها القانون أثراً من الحقوق والالتزامات.

أما الالتزامات والحقوق التي تترتب على الوقائع القانونية فقد سبق بحثها مفصلاً في المباحث الثلاثة السابقة.

المبحث الثاني
الواقعة الطبيعية والالتزامات الأسرية

والمراد بالالتزامات الأسرية هي الالتزامات التي تترتب على واقعة طبيعية في شخص يكون عضواً في العائلة أياً كان مركزه الاجتماعي.

ونحاول أن نتناول في هذا المبحث نماذج من هذه الالتزامات ومنها ما يلي:-

أولاً- واقعة الولادة:

الإنسان رغم دوره غير المباشر في هذه الولادة كالمعاشرة الزوجية التي تؤدي إلى التقاء حيمن الرجل وبييضة الأنثى ودور الأم في حماية الجنين إلى ولادته، إلا أن ولادة الجنين حياً في وقت معين أمر خاضع لإرادة الله المحضة الذي هو الخالق الحقيقي لكل إنسان، لذا تعد الولادة واقعة طبيعية.

ومن الواضح أن الولادة سبب للالتزامات المتقابلة بين الأصول وفروعهم في أدوار مختلفة كالآتي:-

أ- التزام الأم بإرضاع الطفل المولود لمدة سنتين إذا لم يكن لها عذر مشروع.

ب- التزام الأب بالإنفاق على المرضعة والحاضنة بعد الفرقة بالطلاق أو الوفاة. أما في حال قيام الزوجية فسبب الإنفاق هو الزوجية.

ج- التزام وارث الطفل بهذا الإنفاق في ماله في حالة وفاة الأب أو عجزه عن الإنفاق.

د- التزام كل من الأبوين بالامتناع عن الإضرار بالآخر عن طريق الولد.

ومصدر هذه الالتزامات القرآن في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ[1] رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ

---

[1] أي الأب، ولام (له) حقيقة في الملكية، ولما تعذرت هذه الحقيقة لعدم قابلية الإنسان للملكية حمل على أقرب معنى للملكية وهو النسب.

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[1].

وجدير بالذكر أن هذه الآية التي هي مصدر للالتزامات المذكورة التي سببها الواقعة الطبيعية (الولادة) تدل على ستة عشرة حكماً، ثمانية منها منطوق بها صراحة، وثمانية مدلول عليها إشارة:

أ- الأحكام المنطوق بها صراحة:

١- تلتزم الأمهات بإرضاع أولادهن إذا لم يكن لهن عذر مشروع.

٢- مدة الرضاعة حولان كاملان.

٣- يلتزم والد المولود بالإنفاق على المرضعة في الرضاعة والحاضنة في الحضانة سواءً كانت أماً بعد الفرقة بين الأبوين بالطلاق أو الوفاة، وغيرها.

٤- يكون الالتزام في حدود المكنة المالية بالمعروف ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾.

٥- يلتزم كل من الأبوين أن لا يضر الآخر بسبب ولدهما الرضيع، فتلتزم الأم بأن لا تمتنع عن إرضاع الطفل إضراراً بأبيه، كذلك يلتزم الأب بأن لا يمنع الأم من إرضاع طفلها إضراراً بها.

٦- إذا مات الأب أو عجز عن الإنفاق على المرضعة أو الحاضنة يلتزم وارث الطفل بالقيام بهذا الإنفاق بدلاً من والده، ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾، أي على وارث الطفل، لأنه وارث، فربط القرآن الإنفاق بالميراث.

٧- يجوز اتفاق الوالدين بالتراضي على إنهاء فطام الطفل قبل إكمال الحولين إذا لم يضر ذلك بصحة الطفل.

٨- يجوز أن تكون المرضعة غير الأم في حالة وفاتها أو عجزها عن الإرضاع، ويلتزم والد الطفل تجاهها بنفس الالتزامات تجاه الأم.

ب- الأحكام المدلول عليها دلالة إشارة:-

١- نسب الأولاد يكون لآبائهم، لأن حرف (ل) في (المولود له) حقيقة في الملكية، والإنسان غير قابل للتملك، فالمعنى الحقيقي متعذر، وإذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز[2]. وأقرب المعاني إلى المعنى الحقيقي هو النسب.

---

[1] سورة البقرة/٢٣٣.

[2] مجلة الأحكام العدلية، المادة (٦١).

٢- يلتزم الأب وحده بالإنفاق في حال حياته ومكنته المالية مقابل انفراده بالنسب على أساس قاعدة (الغرم بالغنم).
٣- يفضل لبن الأم، لأنه أنفع من الناحية الصحية وأولى من الناحية الاجتماعية، أي من ناحية الحنان والشفقة، فالطفل الذي يتلذذ بحنان وشفقة أمه أثناء الرضاعة يكتسب منه الحنان والشفقة على الغير حين الاحتكاك به في الحياة العملية.
٤- للأب وحده حق التصرف في مال ولده مقابل انفراده بالإنفاق عليه على أساس قاعدة (الغرم بالغنم).
٥- إذا قتل الوالد ولده قتلاً موجباً للقصاص لا يقتص منه، بل يُعاقب بعقوبة تعزيرية كالسجن بدلاً من الإعدام، لأنه سبب وجود الولد، فلا يجوز أن يكون قتله سبباً لإعدامه.
٦- كما أن الولادة سبب لالتزام الوالد بالإنفاق على ولده كذلك القرابة سبب لإنفاق الوارث القريب على مورثه المحتاج إذا كان متمكناً مالياً، لأن الله ربط الإنفاق بالميراث في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾، ومن الواضح أن القرابة واقعة طبيعية أيضاً.
٧- الأم أحق بحضانة ولدها بعد الفرقة بينها وبين زوجها بالطلاق أو الوفاة، لأنها أحق بالرضاعة.
٨- تلتزم الزوجة الغنية بالإنفاق على زوجها الفقير، لأنها وارثة له إذا توفي قبلها، وقد ربط الله سبحانه وتعالى الالتزام بالإنفاق بالميراث فقال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾[1].

وبالإضافة إلى تلك الالتزامات المالية فعلى الوالدين التزامات معنوية وهي القيام بتربية الأولاد صحياً وثقافياً وأخلاقياً وسلوكياً، ومصدر هذا الالتزام هو القرآن في آيات، منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً﴾[2] والمراد بالنار كل عقاب على عمل غير مشروع، والوقاية عنه يكون بالسلوك الصحيح السليم في الحياة.

---

[1] لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع يُراجع مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد، ٢/٣٩٩ وما يليها.
[2] سورة التحريم/٦.

ب- ومن التزامات الفروع تجاه الأصول ما يلي:-

١- الالتزام باحترام الوالدين وتقديرهم لهما، ومصدره هو القرآن في آيات منها قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْناً وَإِن جَاهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْناً عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾[2] الآية.

٢- يلتزم الفروع بسبب الولاية الامتناع عن إيذاء والديهم مادياً أو معنوياً، فقال تعالى: ﴿فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً﴾[3]، فقد ألزم سبحانه وتعالى الإنسان بالامتناع عن أي إيذاء مادي أو معنوي ضد والديه أو أصوله بصورة عامة، واقتصر على الحد الأدنى من الإيذاء وهو التأفيف، ومن البدهي أن الإيذاء أشد من ذلك ومحرم من باب أولى.

ثانياً- واقعة الوفاة:

من البدهي أن الحياة والمماة كلتاهما من خلق الله المحض وليس للإنسان أي دخل فيهما، فهما واقعتان طبيعيتان بهذا المعنى لأننا بيّنا أن المراد بالطبيعي ما ليس لإرادة الإنسان أي دور مباشر أو غير مباشر في حدوثه، فكما أن الولادة سبب طبيعي من أسباب الالتزامات المذكورة في الفقرة (أ)، كذلك الوفاة سبب من التزامات الوارث في تنفيذ ما يتعلق بتركة المتوفى إن وجدت وإلا فمن غيرها، ومن هذه الالتزامات:-

١- التزام الورثة بنقل المورث إلى مثواه الأخير ويكون تنفيذ هذا الالتزام من التركة قبل توزيعها، وفي حالة عدم وجود التركة يلتزم الورثة بتنفيذ هذا الواجب من مالهم الخاص، وفي حالة عدم وجود الورثة أو عجزهم المالي يلتزم المسلمون أو الدولة بتنفيذ هذا الالتزام.

٢- يلتزم الورثة بعد الإنفاق على نقل المتوفى إلى مثواه الأخير بتنفيذ وصية مورثهم إذا وجدت من تركة الموصي وفق ما أقره في حياته.

---

(١) سورة العنكبوت/٨.

(٢) سورة لقمان/١٤.

(٣) سورة الإسراء/٢٣.

٣- يلتزم الورثة بوفاء ديون مورثهم إذا وجدت من تركة المديون المتوفى، ولا يلتزمون بهذا الوفاء من مالهم الخاص، فإن فعلوا ذلك فهو من باب التطوع والتبرع، لأن ذمة الوارث ليست امتداداً لذمة مورثهم، ولأن التزامهم مستقل عن التزام المورث في الشريعة الإسلامية، خلافاً للفقه الغربي والقوانين المتأثرة به حيث ذهب هذا الفقه إلى إلزام الوارث بتسديد ديون مورثهم إذا لم تكن التركة كافية للوفاء بالدين، لكن يحق للوارث التنازل عن حقه في التركة أمام القضاء، فعندئذٍ لا يبقى ملزماً بوفاء ديون مورثه، والديون المتعلقة بالتركة لا تكون مانعة من انتقال ملكيتها إلى الورثة، لكن تكون تصرفاتهم فيها غير نافذة، أي موقوفة على إجازة الورثة أو تسديد الديون، وهذا هو معنى قاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين)، أي لا نفاذ للتصرف في التركة إلا بعد تسديد الدين أو إجازة الدائن للتصرف.

وقد نظم البعض[١] هذا الحكم في الأبيات الآتية:

والدين لا يمنع من أن يملكا ورثة الميت ما قد تركا
لكن به علق كالمرهون لأنه أحوط للمدفون
فلم يكن تصرف فيه نفذ من وارث إذن الغريم ما أخذ

٤- التزام كل وارث بالتقيد بما حدده له الشارع من نصيبه وعدم التجاوز على نصيب غيره من الورثة، كالعادة الفاسدة المعمول بها لدى بعض من ذوي النفوذ المادية من الاستيلاء على حصة الإناث من البنات والأخوات وغيرهن وحرمانهن من نصيبهن الذي حدده القرآن والسنة النبوية على أساس درجة القرابة والانتماء إلى المتوفى من التركة كلها أو بعضها، كما كان ذلك معروفاً في العادة الجاهلية قبل الإسلام.

ثالثاً- مرض الموت:

ومن الوقائع الطبيعية الملزمة في النطاق الأسري مرض الموت، فإنه يلزم المريض بعدم التصرف في تركته على وجه التبرع في حالة مرضه تصرفاً يضر بالورثة، كما يلزم الزوج بعدم تطليق زوجته في مرض الموت بقصد حرمانها من التركة، فإذا فعل ذلك يعامل بنقيض

---

[١] الشيخ معروف النودهي في كتابه قطر العارض.

قصده السيء فترث الزوجة المطلقة حصتها كاملة كما كان قبل الطلاق، وكذلك على الورثة الالتزام بالامتناع عن منعها من الميراث بحجة أنها مطلقة طلاقاً بائناً.

رابعاً- القرابة:

وهي جعلت سبباً لالتزام القريب الغني بالإنفاق على قريبه الفقير غير القادر على العمل من الأخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والعمات والأخوال والخالات وأولادهم ممن يكون وارثاً للقريب المحتاج لو قدر وفاته قبله وترك مالاً أو حقاً قابلاً للانتقال بالميراث.

والالتزامات المذكورة أسبابها الوقائع الطبيعية الأسرية ومصادرها القرآن الكريم.

المبحث الثالث
الوقائع الطبيعية والالتزامات المدنية

تعد الوقائع الطبيعية من أسباب الالتزامات المدنية في كثير من المسائل، نقتصر على نماذج منها فيما يلي:-

أولاً- القوة القاهرة:

القوة القاهرة هي كل حادثة لا يمكن توقعها ولا دفعها حين تكون على وشك الوقوع.

وقد استعمل علماء القانون في باب المسؤولية المدنية والجنائية تعابير القوة القاهرة والإكراه المادي والحادث الفجائي والضرورة، فما هي الصلة بين هذه المصطلحات؟

اختلفت الآراء في مدى الصلة بينها، فذهب البعض[1] إلى أن القوة القاهرة والحادث الفجائي يمثلان مفهوماً واحداً أي مترادفان، وهذا كلام غير صحيح، لأنهما رغم اتفاقهما في كونهما من موانع المسؤولية الجزائية إلا أنهما يختلفان في المسؤولية المدنية، فالقوة القاهرة إذا توافرت شروطها المذكورة (عدم توقعها، وعدم إمكان دفعها) تكون من أسباب الإباحة تدفع المسؤوليتين (الجنائية والمدنية)، لأنها تمحو الإرادة من الوجود، بخلاف الحادث الفجائي

[1] منهم الأستاذ رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع الجنائي، ط ١٩٧٩، ص٦٠٢.

غير المتوقع فإنه لا يمحو الإرادة وإنما يؤثر على حريتها ولا يجرد الفعل الجرمي من الصفة الجرمية، وعلى سبيل المثل قائد السيارة الذي يصيب شخصاً اندفع فجأة من طريق جانبي وكان تفاديه مستحيلاً لا يُسأل جنائياً، لكن يُسأل مدنياً إذا غير اتجاه سيارته نحو سياج دار فهدمه فيلتزم بتعويض الضرر الناتج عن هذا الانهدام.

أما بالنسبة للصلة بين القوة القاهرة والإكراه المادي، فقد قال البعض[1] الإكراه المادي والقوة القاهرة تعبيران مترادفان رغم قوله بأن مصدره قد يكون إنساناً.

والواقع أن النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، فكل قوة قاهرة إكراه مادي دون العكس الكلي، فالإكراه المادي يلتقي مع القوة القاهرة إذا كان مصدره جماداً أو حيواناً، ويتحقق بدونها إذا كان مصدره إنساناً، كمن يأخذ بيد شخص بالقوة فيدفعه إلى توقيع سند مزور يعترف فيه بحق للمكره (بكسر الراء) أو غيره بدون سبب مشروع. وكذلك النسبة بين القوة القاهرة والضرورة عموم وخصوص مطلق، ففي كل حالة تتحقق القوة القاهرة تتحقق الضرورة دون العكس الكلي، فالضرورة قد لا تصل إلى درجة القوة القاهرة، لذا تعد من موانع المسؤولية الجزائية دون المدنية إذا لم تصل إلى درجة القوة القاهرة.

ومن أبرز تطبيقات كون القوة القاهرة سبباً للالتزام: حالة انفساخ العقد لاستحالة التنفيذ بسبب هلاك محل العقد قبل التنفيذ، وعلى سبيل المثل إذا هلك المبيع بقوة قاهرة ينفسخ العقد تلقائياً بحكم القانون ويترتب عليه التزام البائع برد الثمن للمشتري إذا حملناه تبعة الهلاك على أساس أن التزامه لم يتكامل بعد وأن ملكية المشتري للمبيع غير مستقرة قبل التسليم لذا يلتزم برد ما استلمه من بدل المبيع كلاً أو جزءاً للمشتري، أما إذا حملنا المشتري تبعة الهلاك على أساس الملكية وقاعدة (المملوك يهلك على مالكه) فيلتزم بالامتناع عن استرداد الثمن من البائع، وقد سبق تفصيل هذا الموضوع في محله، ورجحنا ما هو الوسط أي تحمل التبعة يكون مناصفة، فيلتزم البائع برد نصف الثمن للمشتري، لأنه لم يكسب نفعاً من وراء العقد ويتحمل تبعة النصف الآخر، لأنه لم يكمل التزامه بسبب عدم التسليم.

---

[1] منهم الأستاذ محمود نجيب، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص٤٥٥.

ثانياً- الجوع الذي يهدد الجائع بخطر الموت:

ومن الواضح أن الجوع واقعة طبيعية ليس للإنسان أي دور في حدوثه، فإذا أصبح مهدداً بالموت يترتب عليه التزامان:

التزام الجائع بإنقاذ حياته وحياة من تجب عليه نفقتهم عن طريق الحصول على مال للغير بدون إذنه.

والتزام آخر بدفع تعويض المال المأخوذ أو المأكول إذا طالب به مالكه، لأن الضرورات تجيز المحظورات ولا تبيحها، والقاعدة المشهورة (الضرورات تبيح المحظورات)[1] خطأ شائع، فالضرورة المثلة بهذه الواقعة من موانع المسؤولية الجنائية، وليست من أسباب الإباحة، والقاعدة الشرعية والقانونية العامة تقضي بأن (الاضطرار لا يبطل حق الغير)[2].

ثالثاً- الموت:

قد يكون سبباً لانتهاء العقد وبالتالي للالتزام المترتب على انتهاء ذلك العقد، كما إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار، كمن تعاقد مع طبيب مختص لإجراء عملية جراحية له أو مع فنان مختص للقيام بصنع تمثال شيء أثري أو شخصية تاريخية أو نحو ذلك فمات هذا المتعاقد قبل التنفيذ، فيلتزم ورثته برد ما قبضوه في حياته.

رابعاً- واقعة الجوار:

فيلتزم كل جار أن لا يتعسف في استعمال حقه حين التصرف في داره بحيث يترتب عليه ضرر الجار بأن يكون المتصرف متجاوزاً عن حدود حاجته وضرورته. ومن البدهي أن الجوار واقعة طبيعية.

وكذلك يلتزم كل جار في الدار أو المزرعة بأن يسمح للطرف الآخر المحتاج إلى حق من حقوق الارتفاق أن لا يمنع جاره من استعمال هذا الحق كحق المرور وحق المجرى ونحوهما.

ومصدر هذه الالتزامات كلها هو القانون.

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، المادة (٢١).

[2] المرجع السابق، المادة (٣٣).

المبحث الرابع
الوقائع الطبيعية والالتزامات الجنائية

الواقعة الطبيعية قد تكون سبباً للالتزام الجنائي سلباً أو إيجاباً، ومن تطبيقاتها:-

أولاً- صغر السن:

فهو مانع من المسؤولية الجنائية، فيلتزم المدعي صاحب الحق المعتدى عليه من قبل صغير السن الامتناع عن رفع الدعوى عليه، كما يلتزم قاضي الموضوع برد هذه الدعوى إن أقيمت، ومن الواضح أن صغر السن واقعة طبيعية، وقد اختلفت القوانين الجنائية في تحديد الحد الأعلى للصغر المانع من المسؤولية الجنائية، فقد حدده قانون العقوبات العراقي القائم بإكمال سبع سنوات، فنصت المادة (٦٤) منه على أنه ((لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من عمره)) ويوافقه الكويتي القائم المادة (١٨) واليمني القائم (المادة ٣٠/١).

ولكن تعد هذه المادة ملغاة بالمادة (٤٧) من قانون رعاية الأحداث العراقي بالنسبة للقضايا الجزائية، حيث رفع سن عدم المسؤولية جزائياً إلى إكمال التاسعة من العمر، فنصت على أنه ((لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره)).

وجدير بالذكر أن قوانين العقوبات العربية مختلفة في تحديد الحد الأقصى، وقد يصل إلى (١٤) سنة من العمر.

ثانياً- القوة القاهرة:

ذكرنا في المبحث الثالث أنها من أسباب الإباحة فلا يُسأل من يعمل عملاً غير مشروع تحت ضغط قوة قاهرة لا جنائياً ولا مدنياً، ومن تطبيقاتها:-

أ- تعتبر قوة قاهرة إصابة سائق السيارة بإغماء مفاجيء غير متوقع، أما إذا كان الإغماء بسبب مرض سابق أو حدث له سابقاً أو كان بسبب شرب مسكر أو تعاطي مادة مخدرة، فإنه لا يعد قوة قاهرة، بل قد يكون هذا الحدث سبباً لتشديد العقوبة

كما في حالة السكر.

ب- وتعد الرياح الشديدة قوة قاهرة إذا لم يمكن التغلب على دفع أضرارها بحيث دفعت شخصاً كسائق السيارة إلى ارتكاب جريمة، فلا يُسأل لا جنائياً ولا مدنياً.

ج- العاصفة الترابية إذا وصلت الرؤيا إلى حد الصفر تعد قوة قاهرة، فلا يُسأل الجاني جنائياً ومدنياً إذا ارتكب جريمة تحت ضغطها.

وفي جميع هذه الحالات وأمثالها يلتزم المضرور أو المجنى عليه بعدم إقامة الدعوى ضد المتهم، كما يلتزم قاضي التحقيق بعدم إحالة القضية إلى القاضي المختص، وإذا أحالها فعلى قاضي الموضوع رد الدعوى، وإذا قبل الدعوى فيلتزم بعدم إصدار الحكم على المتهم، لأن القوة القاهرة تجرد الفعل الجرمي من الصفة الجرمية ويرجع إلى ما كان عليه قبل التجريم من الإباحة.

ثالثاً- الجنون الطاريء:

الجنون الطاريء بعد ارتكاب الجريمة، وإذا جن الجاني أثناء المحاكمة يلتزم قاضي الموضوع بإيقاف جميع الإجراءات الجنائية ضده في أية مرحلة كانت تلك الإجراءات، وإذا حدث الجنون بعد إصدار الحكم فيجب إيقاف التنفيذ كما تلتزم إدارة السجن بإحالة المريض عقلياً إلى المستشفى الخاص بعلاج الأمراض العقلية[1].

رابعاً- ظلام الليل:

يلتزم قاضي الموضوع بتشديد عقوبة السارق إذا ارتكب جريمة السرقة أثناء ظلام الليل.

والمشرع العراقي في قانون العقوبات القائم لم يكن موفقاً في معالجة هذا الظرف المشدد حيث نصت المادة (٤٤٠) منه على أنه ((يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية:-١- وقوعها بين غروب الشمس وشروقها)). ووجه خطأ هذه الفقرة هو أن المدة الزمنية قبيل شروق الشمس وبعيد غروبها بربع ساعة تقريباً يعد من وقت النهار.

---

[1] في تفصيل هذا الموضوع يُنظر مؤلفنا: موانع المسؤولية الجنائية في التشريع الجنائي الإسلامي والتشريعات الجزائية العربية.

فالصواب أن تكون صياغة الفقرة هكذا: (وقوعها في ظلام الليل)، لأن فلسفة تشديد العقوبة عبارة عن خطورة الظلام كونه مخيفاً في حد ذاته، وهذه الفلسفة مفقودة حسب الصياغة القائمة، ومن البدهي أن الليل أو ظلامه واقعة طبيعية.

خامساً- القرابة القريبة:

يعد قتل الأصل لفرعه قتلاً موجباً للقصاص ظرفاً مشدداً للعقوبة، وقد أدرجها قانون العقوبات العراقي القائم المادة (٤٠٦) ضمن الظروف المشددة التي توصل العقوبة إلى الإعدام، فيلتزم قاضي الموضوع برعاية هذا الظرف في حكمه الذي يصدره على القاتل.

ومن الواضح أن صفة الأصولية في القرابة واقعة طبيعية.

وما ذكرنا من الوقائع الطبيعية تعد من أسباب الالتزامات الجنائية ومصدرها هو القانون.

المبحث الخامس

الوقائع الطبيعية والالتزامات الدولية

المراد بالوقائع الطبيعية هـو الموجـودات الكونيـة حسـب خلقتهـا الأصـلية الإلهيـة أو مواقعها الجغرافية مـا لم يكـن لتـدخل الإنسـان أي دور في إيجـاد هـذه الوقـائع أو المواقـع الجغرافية. أما تدخل الإنسان فيهـا مـن حيـث تحديـد حـدودها بالاتفاقيـات أو المعاهـدات الدولية أو في تغيير وتطوير صورها كتغيير إقليم بري إلى إقليم مائي أو عكس ذلك كما في القنوات المائية المستحدثة في الأقاليم البرية لبعض الدول كقناة السويس والبانما وكييل، فإن هذا التطوير لا يؤثر في اعتبارها وقائع طبيعية أصبحت في الماضـي أو تصير في المسـتقبل من أسباب الالتزامات الدولية.

إن الدولة هي مؤسسة إقليمية سياسية تتكون من جمع من الأفراد ذكوراً وإناثاً يؤلفـون شعبها ويقطنـون إقليمهـا ويخضـعون لسـلطانها ويخـاطبون بأحكـام دسـتورها وقوانينهـا ويلتزمون بما تقررها لهم من حقوق والتزامات[1].

ويقوم النظام الدولي في شكله الواقعي على تقسيم أرض المعمـورة إلى وحـدات إقليميـة يطلق عليها مصطلح الدول.

والدولة كما ذكرنا تتكون عادة من إقلـيم محـدد وشـعب معـين يسـكن الإقلـيم ونظـام موضوعي يحكم الشعب واعتراف دولي بالنظام.

وبعد تحقق هذه العناصر تكتسب الدولة شخصية معنويـة ذات سـيادة ضـمن حـدودها الدولية، وتلتزم الدول الأخرى باحترامها وعـدم التـدخل في شـؤونها الداخليـة تـدخلاً يمـس سيادتها ويتعارض مع القانون الدولي والأعراف الدولية، وقد نظمـت الاتفاقيـات الدوليـة تلك الأحكام ومنها الاتفاقية الخاصة بحقوق الـدول وواجباتهـا المنعقـدة في ١٩٣٣/١٢/٢٦ والتي نصت في مادتها الأولى على أنه:

((يجب لكي تعتبر الدول شخصية معنويـة مـن أشـخاص القـانون الـدولي أن تتـوافر فيهـا الشـــروط التالية: ١- شعب دائم ٢- إقليم محدد ٣- حكومة (سـلطة سياسـية)

---

[1] أستاذنا حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، ط٤، ص٣٥١.

٤- أهلية الدخول في العلاقات مع الدول الأخرى)).

أقاليم الدولة:

لكل دولة إقليمان: البري والفضائي، لكن لبعضها ثلاثة أقاليم ثالثها الأقليم البحري إذا كانت ملتصقة بالبحر، كما في الإيضاح الآتي:-

أولاً- الإقليم البري (العنصر البري):

هو ذلك الجزء من اليابس من الأرض الذي تضمه حدود الدولة وما ينطوي تحته من المعادن الفلزية واللافلزية وما يقع فوقه من البحيرات والأنهار والسهول والوديان والجبال والهضاب والتلال وغيرها من الجمادات والكائنات الحية.

وحدود هذا الإقليم معالم طبيعية من الجبال أو السهول أو الأنهار الدولية أو البحار، وتحدد بمقتضى الاتفاقيات أو المعاهدات والأعراف الدولية والشواهد التاريخية أو نحو ذلك، وتطلق عليها المعالم الجغرافية، وهي وقائع طبيعية تعد من أسباب الالتزامات الدولية بحيث تلتزم الدول المجاورة وغير المجاورة ومواطنوها عدم العبور عن تلك الحدود المحددة إلا وفق التعليمات الدولية والداخلية منها موافقة الدولة ذات السيادة على الإقليم، كما يلتزم مواطنو كل دولة بالامتناع عن التهريب من الداخل إلى الخارج أو عكس ذلك، وتلتزم كل دولة بالامتناع عن التعرض للحدود البرية المعترف بها دولياً عن طريق استخدامها لمصالحها السياسية أو الاقتصادية أو العسكرية، وكذا تلتزم كل دولة بالامتناع عن التعرض المادي بإضافة جزء من إقليم الدولة المجاورة إلى إقليمها أو استخدام جزء من الإقليم للاعتداء على مصالح الدول الأخرى.

وجميع الأنهار والبحيرات والقنوات التي توجد بأكملها داخل حدود إقليم دولة واحدة يطلق عليها الفقه الدولي مصطلح (المياه الوطنية أو المياه الداخلية)، ولا يجوز أن يباشر الملاحة فيها أو ينتفع بثروة حيوانية أو معدنية إلا مواطنو الدولة ذات السيادة على الإقليم ما لم يكن ذلك مسبقاً بموافقتها.

غير أن المصالح الدولية والعناية بأمر تيسير الملاحة الدولية دفعت إلى حفر القنوات داخل الإقليم البري كقناة السويس في الإقليم المصري لوصل البحر الأبيض المتوسط بالبحر الأحمر

ونظمت الملاحة فيها بموجب اتفاقية القسطنطينية في ٢٩ تشرين الأول عـام ١٨٨٨ وأجريـت عليها تعديلات فيما بعد وحددت حقوق والتزامات دولية في استخدام هذه القناة.

ومثل قناة بانما وهي تصل ما بين المحيطين الأطلسي والهادي عبر إقليم جمهورية بانامـا إحدى جمهوريات الأمريكا الوسطى من مدينة باناما إلى مدينـة كولـون، ونظمـت الملاحـة وحددت الحقوق والالتزامات الدولية بالنسبة لاستخدام هذه القناة.

وكذلك قناة كييل التي قامت سلطات الإمبراطورية الألمانية بحفرها عـام ١٨٩٦ لتصـل ما بين بحر البلطيق وبحر الشمال لغرض حربي، ثم عمم الانتفاع بها دولياً بموجب الاتفاقيـات الدولية.

ومن البدهي أن هذه القنوات وأمثالها من الوقائع الطبيعية بعد استحداثها مـن حيـث موقعها الجغرافي، وهي أسباب للحقوق والالتزامات الدولية كما ذكرنا.

ثانياً- الإقليم البحري (أو البحر الإقليمي):

وهو جزء من إقليم الدولة اليابس ولكن المياه تغمره ويخضع لسيادتها شأنه شأن الإقلـيم البري، ولكل دولة الحق في أن تمارس على بحرها الإقليمي وعلى قاع هذا البحر جميع الحقـوق التي تتفرع عن سيادتها وسلطانها، فلها اقتصار حق الصيد في نطاق بحرها الإقليمـي علـى رعاياها وحدهم، وكذا أي استغلال اقتصادي لقاع هذا البحر وللطبقات الموجودة تحـت هـذا القاع، غير أن سيادة الدولة على إقليمها البحري ليست مطلقة كما كان ذلك على إقليمهـا البري، بل ترد عليها بعض القيود المترتبة على الاعتبارات الطبيعية والجغرافية والسياسية التي قررها العرف الدولي وتواترت الدول على قبوله فأصبحت بمثابة قـانون دولـي، ومـن تلك القيود حق المرور البريء، أي للسفن التابعة للدول الأخرى إضافة إلى الـدول الشـاطئية الحق في أن تعبر البحر الإقليمي ما دام عبورها منـه يتسـم بـالبراءة وعـدم الأهانـة للـدول الشاطئية، وإنما هو مقرر بموجب الاتفاقات الدولية، منها المادة (١٤/١) من اتفاقية جنيف في ٢٦ آب ١٩٥٨ التي تـنص علـى أن ((للسـفن التابعـة لكـل الدولـة الشـاطئية وغـير الشاطئية أن تتمتع بحق المرور البريء في البحر الإقليمي في حدود أحكام هـذه المـواد (مـواد الاتفاقية)، ووافق على مضمون هذا النص الاتفاقي جميع أعضاء الأمـم المتحـدة باعتبـاره مقرراً للحق لا منشئاً له)).

ومن الواضح أنه ليس هناك معيار موضوعي ثابت لتحديد مدى الإقليم البحري، وقد حدد بمعايير مختلفة، منها معيار ثلاثة أميال أو ستة أميال أو اثني عشر ميلاً بحرياً او أقصى مسافة تبلغها قذائف المدافع من الشاطيء، أو غيرها من المعايير التي تختلف باختلاف الدول ومناطقها الجغرافية وعواملها السياسية والاقتصادية والتاريخية[1].

ثالثاً- الإقليم الجوي (الفضائي):

وهو الهواء والفضاء اللذان يعلوان الجزئين البري والمائي الخاضعين لسيادة الدولة، ويتفرع هذا الإقليم عن السيادة التي تثبت للدولة على إقليمها البري والبحري، وحيث ما يكون الإقليم البري أو المائي يوجد الإقليم الجوي، فكما أن سيادة الدولة على ما تحتها إلى ما لا نهاية في العمق كذلك الأمر فيما يتعلق بما يوجد فوق سطح الإقليم من طبقات الهواء والفضاء إلى ما لا نهاية في الارتفاع.

ولم يكن هذا العنصر موضع عناية واهتمام للدول إلا في مطلع القرن العشرين بعد أن تطور العالم التكنولوجي في مجال الطيران الجوي والمواصلات الجوية.

وقد أصبحت الواقعة الطبيعية الفضائية سبباً للالتزامات الدولية بالامتناع عن خرق الإقليم الجوي إلا بموافقة الدولة ذات السيادة عليه وبمقتضى الاتفاقيات الدولية.

ومصدر هذه الالتزامات هو القانون الدولي.

غير أن السيادة الدولية على الإقليم الفضائي كالإقليم البحري ليست مطلقة بموجب الاتفاقيات الدولية التي تولت تحديد الحقوق والالتزامات في مجال المواصلات الجوية، ومنها اتفاقية باريس المنعقدة في ١٣ أكتوبر ١٩١٩ التي تضمنت المبادىء الآتية:-

١. لكل دولة السيادة الكاملة والانفرادية على طبقات الهواء التي تعلو إقليمها البري والبحري إلى ما لا نهاية في الارتفاع.
٢. تلتزم الدول المتعاقدة على الاتفاقية بأن تمنح في وقت السلم حق المرور البري في إقليمها الهوائي للطائرات التابعة للدول المتعاقدة.
٣. تلتزم الدول الأطراف بالامتناع عن التمييز في المعاملة المخصصة للطائرات التابعة لأية دولة من الدول المتعاقدة بسبب الاختلاف في الجنسية.

---

[1] المرجع السابق، ص٦٣١ وما يليها.

٤. لكل دولة من الدول المتعاقدة الحق في أن تحتفظ بالملاحة الجوية الداخلية لرعاياها وحدهم.
٥. تلتزم كل دولة من الدول المتعاقدة بأن تمنح حق الملاحة الجوية البريئة لأية دولة أخرى لا يكون طرفاً في الاتفاقية ولا تنضم إليها في المستقبل.
٦. يتم إنشاء هيئة دولية دائمة للإشراف على شؤون الطيران المدني[1].

واقعة الأنهار الداخلية المشتركة والالتزامات الدولية:

لضيق المجال لدراسة موضوع هذا المطلب الأخير بطريقة مفصلة نقتصر على مشكلة نهر الفرات والالتزامات الدولية التي يمر بأقاليمها، حيث أصبح الفرات الآن مشكلة من مشاكل الساعة لها تداعيات سلبية على المصير الزراعي والصحي للعراقيين في الحال وفي المآل.

ينبع نهر الفرات من هضاب تركيا خلف جبال طوروز ويجري في الأراضي التركية مسافة (٤٢٠ كم) ثم يدخل في الإقليم السوري عند جرابلس (أو طرابلس) ويجري فيه مسافة (٦٨٠ كم) ثم يدخل في الإقليم العراقي عند البوكمال ويجري فيه زهاء (١٢٠ كم) ثم ينصب في شط العرب الذي يدخل في بحر الخليج.

وقد حددت معاهدة الصداقة والاتفاقيات المنعقدة سابقاً بين العراق وتركيا أحكام تنظيم الانتفاع بمياه نهر الفرات بين الدولتين (التركية والعراقية) ثم حصلت اتفاقيات ودراسات بين (تركيا وسوريا) حول حق الانتفاع بمياه نهر الفرات ثم بين العراق وسوريا.

وجدير بالذكر أن هذه الاتفاقيات قد تأثرت بالاختلافات والتوترات السياسية بين الدولتين.

والموقع الجغرافي لنهر الفرات واقعة طبيعية سبب لالتزام الدول التي يمر بأقاليمها، وقد نظمت هذه الالتزامات بالاتفاقيات، لكن اختلف الفقه في تحديد أساس هذه الالتزامات للدول التي تمر الأنهار الدولية المشتركة بأقاليمها، ويمكن إرجاع هذا الخلاف إلى النظريات الثلاث الآتية:

---

[1] المرجع السابق، ص٤٣ وما يليها.

أولاً- نظرية السيادة الإقليمية المطلقة:

ومفادها أن لكل دولة الحق الكامل في أن تمارس على جزء النهر الدولي الذي يمر بإقليمها كل الحقوق التي تتفرع عن سيادتها المطلقة على إقليمها بدون قيد أو شرط، وبمقتضى هذه السيادة المطلقة لكل دولة أن تقيم مشروعات نافعة لبلدها في جزء من النهر الذي يقع داخل حدودها كما لها حق تغيير مجرى النهر ذاته كلياً أو جزئياً داخل حدودها.

تقويم النظرية:

هذه النظرية مرفوضة منطقياً لأسباب متعددة منها ما يلي:

أ- تتنافى مع العدالة التي هي روح القوانين.

ب- مخالفة مع مقتضى الواقع الجغرافي للنهر المشترك بحيث لا يحق لأي شريك إجراء أي تصرف فيه إلا بموافقة الشركاء الآخرين.

ج- مخالفة لميثاق الأمم المتحدة الفصل السادس الخاص بحل المنازعات حلاً سلمياً وفق ما جاء في المواد (٣٣-٣٥).

د- فيها خلط بين العنصر الأرضي الثابت من الإقليم كالجبال والسهول والتلال ونحوها، وبين العنصر المتحرك المتنقل من إقليم إلى آخر (المياه) في إخضاعهما لحكم واحد مع اختلافهما في الطبيعة.

هـ- إن هذه النظرية يرفضها العقل السليم والمنطق القانوني، لأنها لا تقيم أي وزن لحقوق الدول الأخرى المشتركة في مياه النهر الدولي.

و- إن هذه النظرية لا تأخذ بنظر الاعتبار المبدأ العام في القانون الدولي الذي يحرم الإضرار بحقوق الدول الأخرى بحيث يرتب المسؤولية الدولية على الدولة المخلة بالتزاماتها عن طريق أعمالها غير المشروعة.

ثانياً- نظرية الملكية المشتركة:

ومضمونها هو أن أساس النهر بأكمله من المنبع إلى المصب يعد ملكاً مشتركاً بين جميع الدول التي يجري النهر في أقاليمها بحيث تكون حقوقها والتزاماتها متساوية ومتكاملة، فلا تنفرد إحداها دون موافقة الدول الأخرى بإقامة مشروع للانتفاع بمياه النهر في الجزء الذي يجري في إقليمها ما دام هذا الانتفاع يؤدي إلى إحداث الضرر بالأقاليم الأخرى.

ويلاحظ على هذه النظرية أنها رغم إيجابياتها في بعض الجوانب إلا أنها ليس لها في الفقه أنصار كثيرون، كما لا يجري العمل بين الدول على أساسها وبوجه خاص في عصرنا هذا الذي تتضارب فيه المصالح الدولية الأمر الذي يجعل الانتفاع بالمياه الدولية المشتركة على أساس الملكية المشتركة بعيد الاحتمال.

ثالثاً- نظرية الوحدة الإقليمية المطلقة:

ومنطوقها هو أن النهر كله من المنبع إلى المصب وحدة إقليمية واحدة ولا تؤثر على هذه الوحدة ولا تفصم عراها الحدود السياسية، ولا تستطيع الدولة أن تمارس على جزء النهر الذي يمر بإقليمها سيادة مطلقة، بل سيادتها على هذا الجزء ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة بوجوب عدم التصدي للمجرى الطبيعي للنهر بإرادتها المنفردة، فلا يحق لها إنشاء السدود والمشروعات الزراعية أو تغيير مجرى النهر كلياً أو جزئياً إلا بموافقة الأطراف الأخرى[١].

ونرى أن الأساس هو المصلحة المشتركة على أن يحدد مدى هذا الاشتراك بالمعاهدات أو الاتفاقيات أو أي ميثاق دولي آخر.

مصدر الحقوق والالتزامات الدولية:

مصدر الحقوق والالتزامات الدولية التي أسبابها هي الوقائع الطبيعية هو القانون الدولي، وقد عالج ميثاق الأمم المتحدة في الفصل السادس (المواد ٣٣-٣٥) الخاص بحل المنازعات الدولية حلاً سلمياً حيث دعى أطراف النزاع الذي من شأنه أن يعرض حفظ السلم والأمن الدوليين للخطر إلى التنفيذ الاختياري للالتزامات التي تكون محل الخلاف والنزاع عن طريق المفاوضات والتحكيم والوساطة والتسوية القضائية.

وإذا لم يحقق الحل السلمي الغرض من التنفيذ الاختياري للالتزامات التي هي محل النزاع يدعو الميثاق في الفصل السابع الخاص بالتدابير والأعمال اللازمة في حالات تهديد السلم والأمن الدوليين بالخطر من الأطراف المخلة بالتزاماتها عن طريق العدوان والأعمال غير المشروعة إلى اتخاذ التدابير الضرورية للردع وإعادة الأمور إلى نصابها كما جاء في المواد (٣٩-٥١) لإجبار الدول المخلة بالتزاماتها الدولية على تنفيذها قسراً وجبراً.

---

[١] المرجع السابق، ص٥٣٦ وما يليها.

الاستنتاج:

نستنتج من عرضنا المذكور في هذا المطلب الأخير النتائج الآتية:-

١. إن أكثر أسباب الحقوق والالتزامات الدولية هي الوقائع الطبيعية الموجودة في أقاليمها من حيث أصلها الطبيعي أو موقعها الجغرافي بعد إحداث التغيير أو التطوير فيها.

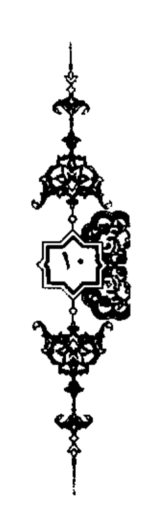
٢. تتولى الاتفاقيات والمعاهدات والأعراف الدولية والسوابق التاريخية تحديد تلك الحقوق والالتزامات بالنسبة لكل من الملتزم والملتزم له من الدول.

٣. مصدر جميع الحقوق والالتزامات الدولية هو القانون الدولي وحده.

٤. على أطراف نزاع من شأنه أن يعرض حفظ السلم والأمن الدوليين للخطر أن يلجئوا في حل هذا النزاع إلى الطرق السلمية من المفاوضات والوساطة والتحكيم ونحو ذلك، ولمجلس الأمن أن يدعو إلى هذا الحل السلمي بدلاً من استخدام العنف والقوة وفق ما جاء في الفصل السادس من الميثاق. وإذا فشل الحل السلمي على المجلس أو الجمعية العامة للأمم المتحدة اللجوء إلى استخدام العقاب ضد المخل بالتزامه وفق ما جاء في الفصل السابع من التعابير للردع وإعادة الأمور إلى نصابها.

٥. على الدولة العراقية أن لا تكتفي بالوعود والمجاملات التي لا تنفيذ لها على أرض الواقع من دول الجوار، وأن تلجأ إلى مجلس الأمن أو الجمعية العامة للأمم المتحدة لإجبارها على تنفيذ التزاماتها التي موضوعها الحقوق المائية المحددة بالاتفاقات والمعاهدات والأعراف الدولية والسوابق التاريخية.

٦. ما ذكرناه بالنسبة لنهر الفرات من الالتزامات الدولية والتدابير الضرورية من مجلس الأمن أو الجمعية العامة للأمم المتحدة لدفع ورفع الإخلال بتلك الالتزامات يسري على نهر دجلة والزابين الصغير والكبير، ونهر سيروان (ديالى) ونهر آلوند، ونهر الكارون، وشط العرب.

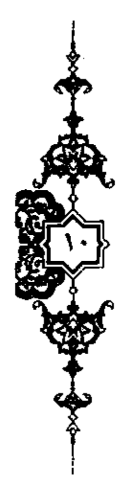


الفصل العاشر

أسباب انقضاء الالتزام

الالتزام حكم تكليفي معقد مصيره الحتمي إلى الزوال عاجلاً أم آجلاً، لأنه من مصلحة الملتزم له ومصلحة الملتزم وزواله يكون بقيام المدين أو من ينوب عنه بتنفيذ الالتزام أي بأداء موضوعه، ولانقضاء الالتزام طرق متعددة أهمها: الوفاء، والإبراء، والمقاصة، وسُبل أخرى.

وأحاول في هذا الفصل أستعراض تلك الطرق بإيجاز غير مخل، ويخصص لكل واحدة من الطرق المذكورة مبحث خاص لزيادة الفائدة.



المبحث الأول
الوفاء[1]

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام وهو عبارة عن أداء موضوع الالتزام (الواجب العيني أو بدله). والوفاء تصرف قانوني له عناصره وأنواعه، وأتناول دراسة الموضوعين في المطلبين التاليين:

المطلب الأول
عناصر الوفاء

وقد ذكرنا سابقاً مراراً أن عنصر الشيء هو ما يتوقف عليه هذا الشيء، فإذا كان جزءاً منه يسمى ركناً وإلا فيسمى شرطاً.

وبناءً على ذلك تكون أركان الوفاء من حيث أنه تصرف قانوني ثلاثة وهي: الموفي (المدين)، والموفى له (الدائن)، والموفى به (موضوع الالتزام) سواء كان حقاً عينياً أو حقاً شخصياً.

الركن الأول: الموفي (المدين):

وهو المدين أو من ينوب عنه، ويشترط فيه ما يلي:

١. أن يقوم بالوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

وللقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل

---

[1] المدني العراقي القائم (المواد ٣٩٣–٤٠٠)، المدني المصري (م/٣٢٣–٣٥١)، الأردني (م/٣٧٤ وما يليها)، الجزائري (الفصل ٢٥٨ وما يليه)، التونسي (الفصل ٢٤٨ وما يليه)، المدني السوري (م/٣٢٢–٣٤٩)، الموريتاني (م/٣٣٣–٣٣٧).

ضرر جسيم.

٢. يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكاً للشيء الذي وفى به.

٣. أن يكون ذا أهلية للتصرف فيه، ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن لـيس أهـلاً للتصرف فيه ينقضي به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفي.

٤. يشترط أن لا يكون وفاء لغير الدائن، لأنه لا يبرىء ذمة المدين إلا في الحالات الـثلاث الآتية:

أ- حالة إقرار الدائن بمثل هذا الوفاء.

ب- حالة ترتب منفعة للدائن بقدر هذه المنفعة.

ج- حالة كون الوفاء للغير بحسن نية بأن يعتقد أنه دائنه الحقيقي متى كان هذا الغير حائزاً للدين.

٥. أن يلتزم المدين بنفقات الوفاء إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، علـى أنـه إذا زادت هذه النفقات لسبب يرجع إلى الدائن تكون مسؤولية هـذه الزيـادة علـى الدائن.

وجدير بالذكر أن نفقات القبض تكون على الدائن مـا لم يكـن اتفـاق أو نـص أو عـادة يقضي بخلاف ذلك.

الركن الثاني: الموفى له (الدائن):

ويشترط فيه ما يلي:

١. أن يكون دائنـاً للمدين أو نائبـاً عنه، فإذا كان الوفاء لشـخص غـير الـدائن أو لغـير نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليـه منفعـة منـه وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته.

٢. أن يكون أهلاً لاستلام الموفى به.

٣. في الوفاء بمقابل يشترط أن يوافق على ذلك الموفى له، فـإذا قبـل في اسـتيفاء حقـه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء[1].

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية للمدني المصري، ٣/٢٣٤.

الركن الثالث: الموفى به:

وهو موضوع الالتزام. فإطلاق محل الالتزام عليه خطأ شائع في القوانين المدنية العربية. ويشترط فيه شروط أهمها ما يلي:

١. أن يكون الوفاء من قبل الموفي نفسه إذا كان الموفى به عملاً وكان شخصية الموفي معتبرة في القيام به بنفسه.
٢. على المدين بعد استئذان القضاء أن يبيع الموفى به بالمزاد العلني إذا كان من الأشياء التي يسرع إليه التلف أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها وحراستها وعلى المدين أن يودع الثمن في خزانة المحكمة أو جهة مختصة أخرى.
٣. يحق للموفي إيداع الموفى به لدى جهة مختصة إذا كان يجهل شخصية الدائن أو موطنه أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء أو كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص.
٤. إذا كان الموفى به شيئاً معيناً بالذات وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه، جاز للمدين أن ينذر الدائن بتسلمه وأن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه.

وإذا تم إعذار الدائن تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ووقف سريان الفوائد وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر.

٥. إذا كان الموفى به مما يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلاً عنه دون رضاء الدائن حتى لو كان هذا البدل مساوياً في القيمة للشيء المستحق أو كان قيمته أعلى.
٦. ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي عنه ما لم يوجد اتفاق أو نص يجيز ذلك.
٧. إذا كان الموفى به شيئاً معيناً بالذات وجب تسلمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.
٨. على المدين أو من ينوب عنه نفقات تسليم موضوع الالتزام للمؤمن له ما لم يقم نص أو اتفاق أو عرف على خلاف ذلك.

المطلب الثاني
أنواع الوفاء

ينقسم الوفاء باعتبار موضوعه إلى أربعة أنواع، لأن موضوعه إما عين الواجب أو بدله، والوفاء بعين الواجب إما أداء كامل أو أداء ناقص، والوفاء ببدل عين الواجب إما وفاء بمثله الذي يسمى قضاءً تاماً أو وفاء بقيمته الذي يسمى قضاءً ناقصاً كما في الإيضاح الآتي:

النوع الأول/ الوفاء بالأداء الكامل:

وهو أداء عين الواجب كتسليم عين المبيع بحيث تتوافر فيه جميع المواصفات والشروط المتفق عليها دون زيادة أو نقص.

النوع الثاني/ الوفاء بالأداء الناقص:

كتسليم عين الواجب مثقلاً بحق للغير كالرهن والإيجار أو مقترناً بعيب ينقص من قيمته أو منفعته.

وكرد العين المغصوبة أو المسروقة معيبة أو ناقصة مع تحمل المدين مسؤولية الوفاء بالتعويض عن هذا الضرر أو النقص.

النوع الثالث/ الوفاء بالقضاء الكامل:

وهو الوفاء بالبدل المعقول، أي يمثل عين الواجب، كما في حالة كون المبيع مالاً مثلياً كالحنطة والأرز ونحوهما فهلك المبيع قبل التسليم وقام البائع بتسليم مثله أي صنفه من عين الواجب، ويشترط أن يكون عين الواجب وبدله صنفين من نوع واحد، ولا يكفي أن يكونا من جنس واحد او نوع واحد كما ظن علماء القانون.

النوع الرابع/ الوفاء بالقضاء الناقص[1]:

وهو الوفاء بقيمة عين الواجب الذي هلك أو فقد مثله في أيدي الناس أو في الأسواق قبل التسليم. وقد اختلف الفقهاء في تحديد وقت تقدير هذه القيمة. فمنهم من ذهب إلى أن

---

[1] يُنظر نظرية الالتزام برد غير المستحق للمؤلف.

العبرة بقيمة يوم التلف أو فقدانه في الأسواق، لأنه قيمة وقت إنشاء الالتزام. ومنهم من ذهب إلى أن العبرة بقيمة يوم الخصومة، ومنهم من قال بقيمة يوم الحكم، أي بما حكم به القاضي[1].

وفي رأينا المتواضع أن القيمة المعتمدة هي الحد الأقصى من يوم نشأة الالتزام إلى يوم الحكم إذا كانت حيازة المدين لموضوع الالتزام حيازة غير مشروعة كالمال المسروق أو المغصوب، لأنه في ضمان الحائز خلال هذه المدة فيعتد بالأقصى لصالح الدائن ولتقصير المدين.

أما إذا كان تحول المثلي إلى القيمي مبنياً على أساس عدم وجوده في أيدي الناس وفي الأسواق، فإن العبرة بقيمة يوم الحكم لإمكان الحصول على المثل إلى هذا الوقت.

وجدير بالذكر أن مثل الشيء في النقود هو ما يساويه صورة ومعنى، وصورة الشيء واضحة، أما المراد بمعناه فهو عبارة عن القوة الشرائية لذلك الشيء المثلي، فإذا ارتفعت أو انخفضت تلك القوة الشرائية بالنسبة للحياة الاقتصادية في أيدي الناس وفي الأسواق يفتقد ذلك المثلي صفة المثلية لفقدان عنصره المعنوي ويتحول تلقائياً إلى القيمي، كما ذكرنا هذا الموضوع سابقاً وتكراره لأهميته. وبناءً على ذلك يجب اعتبار قيمة يوم نشأة الالتزام لا يوم تنفيذه في الوفاء بموضوع الالتزام، وعلى سبيل المثل من تزوج أمرأة على مهر مقداره كان مائة دينار في وقت كان سعر مثقال من الذهب وقت إبرام الزواج يساوي نصف دينار أو ثلاثة أرباع دينار، ثم وقت وجوب الوفاء بالمهر المؤجل أي وقت وفاة الزوج أو الطلاق يجب تقويم الدينار بقيمة الذهب وقت إبرام الزواج دون وقت وفاء المهر.

وكذلك إذا استقر في ذمة شخص لأي سبب كان مبلغ من النقود ثم ارتفعت أو انخفضت قوتها الشرائية وفقدت عنصرها المعنوي فتحولت من المثلية إلى القيمية يجب حين وفاء الدين تقدير المبلغ بالذهب أو بالقوة الشرائية وقت نشأة الالتزام.

ورغم هذه الحقيقة فإن القوانين العربية لا تزال مستمرة على عقلية الأخذ بالعدد الوارد في السند أو في العقد لمبلغ النقود، ومن الواضح أن هذا الاتجاه يصطدم مع روح الإنسانية وجوهر العدالة، لذلك ندعو المشرع في العالم العربي والإسلامي إعادة النظر في هذا الحكم الجائر وإقرار مبدأ تقويم مبلغ الديون حين الوفاء بالذهب أو بقوته الشرائية وقت نشأة الالتزام، لأن القانون ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية سامية وهي العدالة.

---

[1] يُنظر نظرية الالتزام برد غير المستحق للمؤلف.

المبحث الثاني

الإبراء[1]

الإبراء هو التنازل الدائم عن حقه الشخصي الذي بذمة المدين بدون مقابل تنازلاً مقترناً بالإدراك والوعي الكاملين وحرية الإرادة التامة.

والإبراء كالوفاء تصرف قانوني انفرادي يتكون من ثلاثة أركان، وهي: المُبرئ والمُبرأ والمُبرأ منه، ولكل ركن شروطه:

الركن الأول/ المبرئ (الدائن):

وهو الدائن صاحب حقه الذي هو موضوع التزام مدينه. ومن أهم شروطه:

١. أن يكون بالغاً عاقلاً، فلا يجوز إبراء عديم التمييز ولا إبراء المجنون ومن في حكمهما، كما لا يجوز إبراء ناقص الأهلية لأنه من التبرعات المحضة الضارة من الناحية المادية ضرراً محضاً.

٢. أن يكون مدركاً واعياً، فلا يجوز إبراء غير المدرك لنتائج عمله، والتمييز بين ربحه وخسارته أو بين نفعه وضرره، ولا يجوز إبراء غير الواعي كالسكران والمغمى عليه والنائم ونحو ذلك.

٣. أن يكون حين الإبراء متمتعاً بحرية الإرادة، فلا يجوز إبراء المُكره أو المضطر، لأن التنازل عن الحق لا يترتب عليه إذا كان تحت تأثير ضغط خارجي كالإكراه أو الضرورة وما في حكمهما.

٤. ولا يجوز إبراء المريض مرض الموت لأحد ورثته إلا إذا أقره بقية الورثة وهم بالغون مختارون عاقلون.

---

[1] المدني الجزائري (المواد ٣٠٥-٣٦٠)، القطري (٤٠٣-٤١٤)، الموريتاني (٣٣٨-٣٤٤)، العراقي (٤٢٠-٤٢٤)، المصري (٣٧١-٣٧٢)، الأردني (٤٤٤-٤٤٧)، اللبناني (٣٣٨-٣٤٠)، اليمني (٤٤٥-٤٤٧)، السوري (٣٦٩-٣٨٨) المغربي (الفصل ٣٤٠-٣٤٦)، التونسي (الفصل ٣٥٠-٣٥٦).

٥. ولا يجوز إبراء المريض مرض الموت لغير الوارث إلا في حدود الثلث وبعد نفقات النقل إلى مثواه الأخير وتسديد الديون، لأن هذا الإبراء تسري عليه أحكام الوصية.

الركن الثاني/ المُبرأ (المدين):

وهو المدين، ومن شروطه ما يلي:
إذا كيّف الإبراء بأنه تمليك يجب أن يتوفر في المبرأ الشروط الآتية:
أ- أن يعلم بالإبراء.
ب- أن يقبل الإبراء.
ج- أن لا يرده.
د- أن يكون معلوماً ومعيناً، فلو قال لأحد المدينين أبرأتُ أحدكما دون تعيينه، فالإبراء باطل.

وهذه الشروط مطلوبة في المبرأ إذا كيّف الإبراء بالتمليك، أما إذا كيّف بالإسقاط فلا يشترط أي واحد من الشروط المذكورة.

الركن الثالث/ المُبرأ منه:

ويشترط فيه شروط أهمها:
١. أن يكون الحق (موضوع الالتزام) من الحقوق القابلة للإسقاط، فلا يصح الإبراء عن حق عام كإبراء المجنى عليه للجاني من عقوبته بعد صدور حكم عليه بها. إذا كانت الجريمة اعتداءً على حق عام أو حق مشترك يكون الجانب العام هو الغالب كجريمة السرقة وجريمة الزنا ونحوهما، لأن الحق العام ليس مملوكاً لشخص أو جهة خاصة، والقاعدة العامة تقضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه.
٢. أن يكون الحق (موضوع الالتزام) حقاً خاصاً بالمُبرئ، فلا يصح الإبراء لحق يكون متسماً بطابع التزام، فكل حق يجتمع معه التزام فلا يكون قابلاً للإبراء كما في الحقوق الآتية:
أ- حق الولاية أو الوصاية فإنهما ليسا من الحقوق الخاصة بالولي والوصي بل أقرهما الشارع والمشرع لمصلحة القاصر الذي هو تحت الولاية أو الوصاية، وعلى سبيل المثل: لا يجوز للأب أن يتنازل عن حق الولاية على أولاده القاصرين إذا

توافرت فيه شروط الولاية، لأنها تقررت لمصلحة القاصر، فالولاية صفة تتكون من الحق والالتزام والجانب الثاني هو الأحق بالرعاية.

ب- الحضانة: فهي ليست حقاً خاصاً للحاضن والحاضنة سواء كانت أماً أم غيرها، لأنها تقررت شرعاً وقانوناً لمصلحة القاصر فهي حق والتزام في وقت واحد. فلا يجوز لمن يستحق هذه الحضانة أن يتنازل عنها بدون عذر إذا توافرت فيه شروط الحضانة. وبناءً على ذلك لا تسقط حضانة الأم إذا تزوجت من شخص آخر ما دامت مصلحة المحضون متوفرة سواء كان هذا الزوج من أقارب المحضون أو من غيرها. ولذا تعد الحضانة حقاً غير قابل للإبراء لا من الحاضن ولا من غيره إذا توافرت شروط الحضانة.

ج- الرضاعة: رضاعة أم الطفل له ليست حقاً خاصاً محضاً لها، وإنما هي صفة مكونة من الحق والالتزام، تقررت لمصلحة القاصر فلا يجوز للأم التنازل عنها لغير عذر إذا توافرت فيها شروط الإرضاع لما ثبت علمياً من أن حليب الأم أصلح من حليب غيرها من الناحية الصحية والاجتماعية. وبناءً على ذلك فإن الرضاعة ليست حقاً قابلاً للإبراء لا من المرضع ولا من غيره.

٣. يشترط لقابلية الحق للإبراء أن لا يكون من الحقوق العينية، بل يجب أن يكون من الحقوق الشخصية المتعلقة بذمة المدين، لأن الإبراء لا يتعلق بالأعيان.

فالأعيان التي تكون في حيازة الغير حيازة غير مشروعة يجب على حائزها ردها فوراً لأصحابها كالأعيان المغصوبة والمسروقة ونحوهما، فإذا كانت باقية يجب على الحائز ردها لأصحابها الشرعيين إذا كانت باقية، وإلا فعلى القاضي أن يحكم بتضمينها والتضمين تمليك للعين المغصوبة أو المسروقة للغاصب أو السارق مقابل التعويض الذي يعادلهما.

وجدير بالذكر أن بعض الفقهاء (كالحنفية) قالوا: بأن التمليك يكون بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ الاعتداء ونشأة الجريمة، وبنوا على ذلك رأيهم بأن السارق لا يجوز أن يحكم عليه بالتعويض وبالعقوبة في وقت واحد، لأنه يكون بمثابة عقوبة المالك على ملكه.

ولكن هذا الاتجاه مرفوض شرعاً وقانوناً، لأن السارق يعتدي في وقت واحد على حقين حق خاص وهو المال المسروق وعلى حق عام وهو الاعتداء على النظام العام وارتكاب

عمل مخالف للقانون والآداب العامة، فالتعويض جزاء الاعتداء على مال خاص، والعقوبة جزاء الاعتداء على حق عام.

تكييف الإبراء:

اختلف الفقهاء في تحديد هذا التكييف على ثلاثة آراء:
الرأي الأول/ الإبراء يُكيّف بأنه إسقاط للحق المتعلق بذمة الغير.
الرأي الثاني/ الإبراء يُكيّف بأنه تمليك من المبرئ حقه للمبرأ (المدين).
الرأي الثالث/ الإبراء تمليك بالنسبة للمبرأ وإسقاط بالنسبة للمبرأ منه[1].

ثمرة الخلاف:

يترتب على الاختلاف في التكييف المذكور النتائج الآتية:-
١. لا يجوز تعليقه بالشرط إذا كان تمليكاً بخلاف الإسقاط.
٢. يجوز أن يكون مجهولاً بالنسبة للمبرأ أو المبرئ منه أو كليهما إذا كُيّف بالإسقاط دون التمليك.
٣. لا يرتد بارتداد المبرأ منه إذا كان إسقاطاً بخلاف التمليك.
٤. لا يحتاج إلى القبول في الإسقاط دون التمليك، ففي التمليك يشترط قبول المبرأ منه أو عدم رده.

موقف القانون من تكييف الإبراء:

اختلفت الاتجاهات القانونية كالاتجاهات الفقهية في تكييف الإبراء، فمن القوانين التي كيّفته بالتمليك القانون المدني المصري القائم[2] الذي نص على أنه ((ينقضي الالتزام إذا ابرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده)). والمفهوم الصريح لهذه المادة هو تكييف الإبراء بأنه تمليك. وهذا الاتجاه هو السائد في القوانين المدنية العربية.

---

[1] يُنظر: المنثور في القواعد فقه الشافعي للزركشي، ١٨/١ وما يليها.
[2] القانون المدني المصري القائم، المادة (٣٧١).

بينما الاتجاه الصريح للمدني العراقي هو تكييف الإبراء بالإسقاط[١]، حيث نص على أنه ((إذا ابرأ الدائن المدين سقط الدين)). كما نص أيضاً[٢] على أنه ((لا يتوقف الإبراء على قبول المدين)). لأن ما ورد في هذين النصين من تعبير سقوط الدين وعدم توقف صحة الإبراء على قبول المدين إنما هو من مظاهر وصفات الإسقاط دون التمليك.

الرأي الراجح:

والراجح في نظرنا المتواضع هو أن الإبراء إسقاط، لأن ماهيته هي التنازل عن حق ثابت بذمة الغير، والتنازل أقرب معنى وأثراً إلى الإسقاط من التمليك.

المبحث الثالث

المقاصة (المساقطة)

وهي طريقة لانقضاء الدين، وتفترض أن مديناً في دين معين قد صار دائناً لدائنه في دين آخر بحيث تجعل الدينين ينقضيان بمقدار الأقل منهما حتى لا يضطر ذلك المدين إلى وفاء ما عليه إلى دائنه ثم إلى مطالبة الآخر بما في ذمته[٣].

ومن تتبع التطور التاريخي للمقاصة يجد أنها بدأت باتفاقية، ثم أجيزت المقاصة القضائية، وأخيراً أصبحت المقاصة قانونيةً.

وفي القوانين الحديثة أصبح المقصود بالمقاصة هو المقاصة القانونية.

شروط المقاصة[٤]:

ويشترط في المقاصة لتصبح سبباً من انقضاء الالتزام توافر الشروط الآتية:

١. أن يكون هناك دينان متقابلان بأن يكون كل من طرفي المقاصة مديناً بشخصه للآخر وفي الوقت ذاته دائناً بشخصه له فيتقابل الدينان وينقضيان بالمقاصة.

---

[١] المدني العراقي القائم (المادة ٤٢٠).

[٢] المدني العراقي القائم (المادة ٤٢٢).

[٣] أصول الالتزامات للدكتور سليمان مرقس، ص٩٢٩ وما يليها.

[٤] الوسيط للسنهوري، ٣/٨٧٣ وما يليها.

٢. التماثل في موضوع الالتزامين بأن يكون كل من الدينين أشياء مثلية من صنف واحد ومن درجة واحدة في الجودة والرداءة، ولا يكفي أن يكونا من نوع واحد كما زعمت كثير من القوانين المدنية العربية.

ومن الضروري عدم الخلط بين الأشياء المثلية في النقود وفي غيرها، ففي النقود مثل الشيء ما يساويه صورة ومعنى، والمراد بالمعنى القوة الشرائية، فإذا تغيرت بالارتفاع أو الانخفاض فَقَدَ المثلي من النقود صفة المثلية فيتحول إلى القيمي كما ذكرنا ذلك مفصلاً في انقضاء الالتزام بالوفاء.

أما المثلي في غير النقود فهو أن يكون بين المثلين وحدة الصنف ووحدة الجودة والرداءة فلا يكفي وحدة النوع كما زعمت القوانين العربية، لأن النوع تندرج تحته أصناف متفقة في حقائقها غير أنها مختلفة في أصنافها وخواصها، فلا تتحقق المقاصة بين صنف وصنف آخر كالمقاصة بين صنف البلحي من التمر مثلاً وأي صنف من الأصناف الأخرى منه، لأنها مختلفة في الجودة والرداءة والصفات الأخرى، فكما أن الاختلاف في النوع مانع من المقاصة كذلك الاختلاف في الصنف، فوحدة الصنف بين الدَينين ضرورية لتحقق المقاصة وانقضاء الدينين.

٣. يشترط خلو الدينين من النزاع، بأن يكون كل منهما خالياً وبعيداً عن مشكلة النزاع، وإلا فلا تتحقق المقاصة. والخلو من النزاع يتطلب أمرين: أحدهما أن يكون الدين محققاً لا شك في ثبوته في ذمة المدين، والثاني أن يكون الدين معلوم المقدار.

٤. استحقاق الدينين للأداء بأن يكون كل منهما مستحق الأداء، لأن المقاصة وفاء جبري ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين.

٥. قابلية كل من الدينين للحجز، فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز، لأن المقاصة وفاء جبري والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبه على وفاء دينه به.

٦. أن لا يكون موضوع أحد الدينين رد شيء نزع دون حق من يد مالكه، كالمال المغصوب والمسروق. وجدير بالذكر أنه لا يشترط وحدة سبب الدينين، كما لا يشترط وحدة مكان الوفاء بين الدينين.

٧. أن لا يكون موضوع أحد الدينين رد الشيء المودع أو المعار.

٨. أن لا يكون أحد الدينين دين نفقة.

٩. أن لا يتمسك بها إلا من له مصلحة فيها ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها.
١٠. أن لا تمضي على الدين مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة، فلا مقاصة بين دينين يكون أحدهما ديناً مدنياً (التزاماً مدنياً) وبين دين آخر يكون ديناً طبيعياً (أي التزاماً طبيعياً).
١١. يشترط في المقاصة أن لا تلحق ضرراً بحقوق الغير.

آثار المقاصة:

أثر المقاصة بالنسبة للمدين:

يترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما إذا لم يكونا متساويين في المقدار والكمية.

أثر المقاصة بالنسبة للغير:

١. لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير، وعلى سبيل المثل إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل في مثل هذه الحالة.
٢. أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة، ولكن أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة[1].

---

[1] يُنظر في موضوع المقاصة النصوص المدنية الآتية: المدني العراقي (المواد ٤٠٨-٤١٧)، القانون المدني المصري (م/٣٦٢-٣٦٩)، القانون الأردني (م/٣٤٣-٣٥٢)، القانون المدني الجزائري (م/٢٩٧-٣٠٣)، القانون المدني التونسي (الفصل ٣٦٩ وما يليه)، القانون المدني اليمني (م/٤٣٦-٤٤٣)، القانون المغربي (الفصل ٢٥٧-٣٦٨)، القانون المدني السوري (م/٣٦٠-٣٦٧)، القانون المدني الموريتاني (م/٣٥٥-٣٦٦).

المبحث الرابع
سُبل اخرى لانقضاء الالتزام

من تتبع التطبيقات القانونية والفقهية يجد كثيراً من السُبل لانقضاء الالتزام، ولكثرة جزئيات هذه السُبل نقتصر بإيجاز على أهمها في هذا المبحث الرابع والأخير، ومن تلك السُبل:

أولاً– اتحاد الذمة[1]:

وهو يتحقق إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد، فالمفروض أن هناك ديناً واحداً فورثه الدائن من المدين أو ورثه المدين من الدائن، ومضمونه هو أن موضوع التزام المدين قد آلت ملكيته إليه بسبب من أسباب كسب الملكية كالميراث والوصية والهبة ونحوها.

وينقضي التزام المدين بسبب اتحاد ذمة الدائن والمدين في دين واحد وشخص واحد، وعلى سبيل المثل إذا كان الدائن أباً للمدين فمات وانحصرت ورثته في إبنة المدين ينقضي ذلك الالتزام لاتحاد الذمة التي كان يتعلق بها موضوع التزام المدين فلم تبق ذمتان إحداهما دائنة والأخرى مدينة. ويجوز أن يكون اتحاد الذمة كلياً أو جزئياً. وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة عاد الدين بتوابعه واعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن أصلاً.

---

[1] المدني العراقي (م/٤١٨–٤١٩)، المدني المصري (م/٣٧٠ وما يليها)، المدني الأردني (م/٣٥٣–٣٥٤)، المدني التونسي (الفصل ٣٨٢ وما يليه)، المدني اليمني (م/٤٤٤ وما يليه)، المغربي (الفصل ٣٦٩–٣٧٠).

ثانياً- استحالة التنفيذ[1]:

متى أصبح تنفيذ المدين في موضوع التزامه مستحيلاً فإنه ينقضي التزامه إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه، ولاعتبار استحالة التنفيذ سبباً من أسباب انقضاء الالتزام يجب توافر الشرطين التاليين:-

١. أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشأته مستحيلاً استحالة فعلية أو قانونية.
٢. أن يثبت المدين أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

وقد سبق تفصيل هذا الموضوع في البحث عن استحالة التنفيذ بسبب هلاك المبيع قبل التنفيذ.

ثالثاً- التجديد[2]:

يعد التجديد سبباً من أسباب انقضاء الالتزام الأصلي (القديم) بإحدى الطرق الثلاث الآتية:

١. تغيير المدين: إذا اتفق الطرفان (الدائن والمدين) على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في موضوعه أو في سببه، ينقضي الالتزام الأصلي ويحل محله التزامٌ جديد.
٢. تغيير المدين: إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي، تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه.
٣. تغيير الدائن: إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد، ينقضي الالتزام القديم نهائياً إذا كان الالتزام الجديد قد حل محله صحيحاً.

---

[1] المدني العراقي القائم (المواد ٤٢٥-٤٢٨)، المدني المصري (م/٣٧٣-٤٢٦)، المدني الجزائري (م/٣٠٧-٣٠٨)، المدني القطري (م/٤٠٢ وما يليه)، المدني اليمني (م/٤٤٨ وما يليه)، المدني السوري (م/٣٧١)، المغربي (الفصل ٣٣٥-٣٣٩)، الوسيط للمرحوم السنهوري (٣/٢٨١ وما يليها).

[2] المدني العراقي (م/٤٠١-٤٠٧)، المدني المصري (م/٣٥٢-٣٦١)، المدني القطري (م/٣٨١-٣٨٩)، المدني السوري (م/٣٥٠-٣٥٩)، المدني الكويتي (م/٤١٦-٤٢٨)، المدني الجزائري (الفصل ٣٥٦ وما يليه)، المدني الموريتاني (م/٣٤٥-٣٥٤)، المغربي (الفصل ٣٤٧-٣٥٦)، السنهوري، الوسيط (٣/٨١٥).

شروط التجديد:

يشترط لاعتبار التجديد سبباً من أسباب انقضاء الالتزام توافر الشروط الثلاثة الآتية:

١. تعاقب التزامين قديم حل محله التزام جديد.

٢. الاختلاف ما بين الالتزامين بأحد العناصر.

٣. نية التجديد، لأن التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف.

ومن أهم آثار التجديد: انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد.

رابعاً- انتقال الالتزام بين الأحياء:

يتم انتقال الالتزام من ملتزم إلى ملتزم آخر بطريقتين إحداهما حوالة الحق، والثانية حوالة الدين.

١. حوالة الحق:

يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر بعوض أو بدونه إلا إذا حال دون ذلك نص قانوني[1] أو اتفاق تعاقدي أو طبيعة الالتزام كأن يكون شخصية المدين محل اعتبار.

ولا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ.

وحوالة الحق موضوعها حق الدائن، فهذا الحق الشخصي ينتقل بالحوالة من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد. فينقضي بهذه الحوالة التزام المدين تجاه الدائن الأصلي، ولكن يبقى الالتزام بالنسبة للدائن الجديد.

٢. حوالة الدين:

حوالة الدين هو أن يتفق المدين مع أجنبي على أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته للدائن، فيحل الأجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وضماناته ودفوعه[1].

---

[1] المدني العراقي (المواد ٤٢٠-٤٢٤)، القطري (م/٣٢٤-٣٣٦)، اليمني (م/٣٩٠-٤٠١)، قانون دولة الإمارات (م/١١٠٦ وما يليها).

والحوالة قد تكون مقيدة وقد تكون مطلقة.

الحوالة المقيدة هي التي تقيد بأدائها عن الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه، أو في العين التي في يده أمانة أو مضمونة، والحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بشيء من ذلـك ولـو كان موجوداً.

ويشترط لصحة حوالة الدين رضاء المحيل والمحال عليه والمحال له.

وينتقل الدين إلى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته.

خامساً- التقادم المسقط[٢]:

يرتكز التقادم المسقط على اعتبارات المصلحة العامة وفي مقدمتها استقرار المعاملات المالية.

مدة التقادم تتراوح بين خمس عشرة سنة وسنة واحـدة حسب اختلاف طبيعـة موضـوع الالتزام. وقد خصصت أكثر القوانين العربية مساحات واسعة لهذا الموضوع، في حين نـرى أن ذلك من باب ضياع العمر والوقت، لأن التقادم لا يدخل في قائمة أسباب انقضاء الالتـزام، لأنه لا يُسقط الحق الذي هو موضوع التزام المدين، فالحق مهما طال الـزمن لا يسـقط وإنما يفقد حمايته القانونية، فلا يمكن الحصول عليه عن طريق القضاء، فهو ينقضي قضاءً ويبقى ديانة بدليل أن المدين إذا قام في أي وقت بوفاء هذا الحق وهـو يعلـم أنـه أصـبح التزامـه طبيعياً فلا يحق له طلب استرداده من الدائن بحجة أن التزامه كان طبيعياً ولم يكن مدنياً.

وجملة الكلام أن تأثير التقادم المسقط يقتصر على سقوط الدعوى فقط، فلا تسـمع هـي ولكن موضوعها يبقى إلى الأبد ديانةً.

---

[١] الوسيط للأستاذ السنهوري، ٥٥٢/٣. مجموعة الأعمال التحضيرية للمدني المصري ١٣٤/٣ وما يليها، المدني المصري (م/٣١٥ وما يليها)، المدني السوري (م/٣١٥-٣٢١)، المدني القطري (م/٣٢٤-٣٣٦).

[٢] المدني العراقي (م/٤٢٩-٤٣٩)، المدني المصري (م/٣٧٥-٣٨٨)، المدني السوري (م/٣٧٢-٣٨٥)، المدني التونسي (الفصل ٣٨٤ وما يليه)، المدني الموريتاني (م/٣٦٩ وما يليها)، المدني القطري (م/٤٠٣-٤١٨)، المدني الجزائري (م/٣٠٨-٣٢٢)، المدني اليمني (م/٤٤٩-٤٥٧)، المغربي (الفصل ٣٧١-٣٩٢).